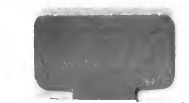



GATORIA DI LIBRI
ONE COOPERATIVA
ROMA
PIÉ DI MARMO, N. 13-14.
DEL BABUINO, N. 71.





TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

PARIS. — TYP. DE COSSON ET COMP., RUE DU FOUR-SAINT-GERMAIN, 43

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

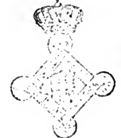
M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université,

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes.



TOME SIXIÈME

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR

RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

DE LA FAILLITE

PRINCIPALEMENT EN MATIÈRE D'ACHATS ET VENTES.

CHAPITRE PREMIER.

Distinction entre la déconfiture et la faillite : conséquences de la distinction.

SOMMAIRE.

1. Distinction entre la déconfiture et la faillite ; cette distinction n'a pas toujours existé.
2. C'est principalement dans l'achat que la disparité se manifeste.
3. Points de contact entre la déconfiture et la faillite.
4. Différence entre la déconfiture et la faillite; conséquences.
5. Définition de la déconfiture par Domat et la Coutume de Paris; comment la déconfiture doit être définie aujourd'hui.

6. Effets différents de la déconfiture et de la faillite.
7. Le principe de l'art. 1167 du Code civil est reçu dans le droit commercial; l'espèce de cet article est autre que celle de l'art. 446 du Code de commerce; quand un acte est-il fait *in fraudem creditorum?*
8. Trois époques sont à distinguer pour l'annulation des actes en cas de faillite; si l'acte est antérieur à la cessation de payements, on doit prouver la fraude, comme s'il s'agissait de déconfiture.
9. Définition que le Code donne de la faillite; à quels signes on reconnaît qu'elle existe; l'appréciation de la question : *Jacqu s a-t-il cessé ses payements?* est laissée au pouvoir discrétionnaire du juge.
10. Mais ce pouvoir discrétionnaire est subordonné à certaines règles et à certains principes préexistants qui dominent la matière; examen de diverses espèces: solutions.
11. La déclaration de faillite n'est pas seulement dans l'intérêt des créanciers actuels et connus; elle est aussi dans l'intérêt du commerce, de l'État, et des créanciers inconnus.

1. — Durant des siècles, et il n'y a pas longtemps encore, on ignorait ce qu'on nomme aujourd'hui *Code civil*, *Code de commerce*. On ne connaissait pas non plus deux catégories de débiteurs refusant de payer leurs dettes par impuissance ou par mauvais vouloir, les uns commerçants, les autres non commerçants. Le mot *déconfiture* (*decoctio*), synonyme d'insolvabilité, exprimait en législation (1) l'état de tous ces débiteurs. Un droit unique et commun les régissait tous. Tous étaient soumis à la même juridiction, tous à la même répression en cas de fraude; et des lois uniformes réglaient aussi l'action des créanciers sans disnction de créances, quelle qu'en fût l'origine.

(1) *En législation*, car bien avant l'ordonnance de 1673, première loi générale où le mot *faillite* ait pénétré, et qui est plutôt un Code pénal qu'une *loi marchande* (on la nommait ainsi), ce mot *faillite* était entré dans le langage des auteurs, et même dans le style du palais, mais toujours comme synonyme de *déconfiture*.

Dans un édit du 13 août 1669, relatif aux conservateurs des priviléges des foires de Lyon, on trouve ces mots réunis, *banqueroutes, faillites, déconfitures de marchands*, etc.; tout cela pour signifier une même chose, la cessation de payements, sans égard à la nature des dettes, ni à la cause de la cessation.

De nos jours on distingue : il y a *déconfiture* et *faillite*, créanciers *civils* et créanciers *commerciaux*.

La faillite, fait exclusivement commercial, n'a d'autre loi que le Code de commerce, et accidentellement le Code pénal ; non pas en ce sens que la faillite soit un fait punissable et repris par le Code, c'est un fait innocent ; mais en cet autre sens très-différent, que ce fait s'y rattache en ce que nul ne peut être déclaré coupable de banqueroute, qu'il n'ait été préalablement et compétemment déclaré failli (art. 585, 591 C. comm. ; art. 402 C. pén.).

La déconfiture, fait purement civil, est exclusivement soumise aux lois du Code civil et du Code de procédure civile. Dans tous les cas, le Code pénal lui est étranger.

Enfin, la faillite et la déconfiture ont chacune leur juridiction, et cette double compétence est établie *ratione materiæ*.

On voit déjà que, sous une infinité de rapports, la différence est profonde.

2. — Mais où la disparité se manifeste principalement, c'est dans l'achat, contrat fondamental du commerce (1) ; car, nous l'avons dit ailleurs, l'achat se lie toujours, plus ou moins, aux transactions commerciales.

Selon le Code civil, le débiteur, malgré sa déconfiture, ne perd pas un seul instant, la capacité d'acheter. Il conserve même la capacité de vendre, tant que les biens qu'il veut vendre sont libres de saisies; et, d'après le même Code, la propriété mobilière ou immobilière se transmet par le seul consentement (2). Quelles facilités plus grandes, quels moyens plus expéditifs le débiteur de mauvaise foi pourrait-il imaginer lui-même pour frustrer impunément tous ses créanciers, ou favoriser les uns au détriment des autres? On dirait, en quelque sorte, que la loi l'y convie!

Le Code de commerce, au contraire, a sagement re-

(1) *Mercari de suâ propriâ naturâ significat emere.* (Scaccia, q. 1, § 1, n° 14.)
(2) Art. 711, 938, 1283, 1583 du Code civil.

poussé ces transmissions immatérielles ou, si l'on veut, spiritualistes, dont la clandestinité trompe la foi publique, et ruine le crédit, principalement le crédit foncier (1). Conservateur vigilant de tous les intérêts légitimes et d'une stricte égalité entre tous les créanciers, il exige impérieusement la tradition de la chose pour en opérer le transport (V. notre t. 1, nos 112 et suiv., et t. 4, n° 12). Ce n'est pas tout : mieux armé que le Code civil contre la fraude et les collusions, il enlève au débiteur l'administration de ses biens à partir de la date du jugement déclaratif de sa faillite (art. 443 C. comm.) ; et, par surcroît de précautions, son dessaisissement, *qui a lieu de plein droit*, rétroagit à une certaine époque en deçà de laquelle la loi (art. 446 C. comm.) le rend incapable d'un grand nombre d'actes qui ne sont pas interdits au débiteur en déconfiture.

3. — Mais, si grande que soit la distance du *déconfit* au failli, il n'en est pas moins vrai que le Code civil a quelques points de contact avec la faillite. La raison en est simple : c'est que, pour être commerçant, on ne laisse pas d'être citoyen, et d'avoir journellement avec d'autres citoyens, commerçants ou non commerçants, des rapports de créancier ou de débiteur civil, de consommateur ou de propriétaire, et les lois de la cité pouvaient et devaient seules régler les rapports de cette espèce. Or, comment les a-t-elle réglés ? Ce n'est pas en statuant que celui qui est en faillite est par cela même en déconfiture, et récipro-

(1) On a proposé de rétablir la nécessité de la transcription, au bureau des hypothèques, des actes translatifs de propriétés immobilières. Ce sera la meilleure de toutes les traditions possibles, puisque, si l'acheteur est trompé, il n'aura pu l'être que par l'effet de son incurie ou de sa négligence ; si l'on en vient là, il suffira de prendre dans le Code civil hollandais les deux articles qui suivent :

« La propriété de la chose vendue ne sera acquise à l'acheteur « que par la tradition » (art. 1495).

« La livraison des immeubles s'opère par la transcription sur les « registres publics » (art. 671).

Mêmes dispositions, en d'autres termes, dans le Code prussien et dans le Code autrichien.

quement, cumulation impossible de deux états si disparates à tant d'égards. Ce que le Code civil avait à faire, il l'a fait en assimilant, quant à certains effets, la faillite à la déconfiture, et *vice versâ*, mais, remarquons-le bien, pour les seuls cas qui sont *communs à tous les citoyens*. A son tour, le Code de commerce, arrivé plus tard, a fait de la faillite un tout où viennent se confondre dès qu'elle est ouverte, et se masser sur le pied d'une exacte égalité, à part les priviléges et les hypothèques, les créances quelconques, *commerciales* et *civiles*, qualifications nécessaires tant que le débiteur est *integri statûs* ; mais qui, depuis qu'il a manqué, n'ont plus aucun sens, vu qu'elles n'entraînent plus aucunes conséquences. Ainsi, l'état de faillite est un *état indivisible* qui absorbe l'état et le nom même de déconfiture, et jamais la déconfiture n'implique la faillite, expression désormais toute commerciale.

Telle est l'économie des deux législations parallèles, et c'est aussi la clef de bien des difficultés. Par exemple, avec ces simples notions, il est aisé de voir pourquoi les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code civil et sur la vente qu'il régit, ont eu parfois à parler de la faillite ; pourquoi, lorsqu'ils en parlent, c'est toujours occasionnellement, toujours pour expliquer certaines dispositions de leur Code qui la nomment ou la sous-entendent (1) ; toujours enfin dans la supposition du transport de la propriété *solo consensu*. Ils ne peuvent donc nous être d'aucun secours ; et, quant aux jurisconsultes romains, nos oracles de prédilection, malheureusement pour nous ils n'ont pas dû s'occuper de notre objet, parce qu'il n'y avait à Rome ni le plus léger doute sur l'indispensabilité de la tradition, ni la plus légère différence, à notre point de vue, entre un insolvable commerçant et tout autre insolvable.

(1) Le Code civil, qui n'avait pas à régler les effets propres de la faillite, se sert indifféremment et dans un même sens des mots *faillite*, *déconfiture*, *insolvabilité*. Il est tels articles où l'on ne lit qu'une seule de ces expressions ; dans certains autres on en lit deux ; et elles sont toutes réunies dans l'art. 1276.

4. — Parmi nous la différence existe, et graves en sont les résultats.

Car, selon que la vente est civile ou commerciale, et, dans ce dernier cas, selon que la délivrance a eu lieu ou n'a pas été faite, l'acheteur est *propriétaire* ou devient simple *créancier* de la chose achetée. C'est l'effet immédiat de l'antinomie des deux Codes sur la transmission de la propriété (1).

Cette première conséquence en produit d'autres qui seront, en temps et lieu, l'objet de notre examen. Mais on aperçoit bien, dès à présent, que tel acheteur non livré pourra exiger la chose *ex jure domini*, et tel vendeur non payé (2) la reprendre au même titre (art. 2102 C. civ., n° 4) chez un débiteur en déconfiture, qui ne le pourrait pas chez un débiteur failli (art. 550 C. comm.). Or, toute sa fortune peut en dépendre! D'un autre côté, les négligences, les dissipations, les fraudes que l'un de ces mêmes débiteurs peut commettre sans risque au préjudice de ses

(1) Dans sa *Collection des lois*, t. 38, p. 411, M. Duvergier fait sur l'art. 576 du Code de commerce les observations suivantes, qui ne sont pas ici dépourvues d'à-propos :

« Les art. 576 et suiv. (ancien Code), dit le savant et digne con- « tinuateur de Toullier, autorisaient aussi la revendication des mar- « chandises qui n'étaient pas entrées dans les magasins du failli.

« Le projet présenté aux chambres rejetait, au contraire, d'une « manière absolue la revendication, en se fondant sur ces princi- « pes incontestables que la vente est parfaite *par le seul consente-* « *ment*; qu'ainsi *l'acheteur est propriétaire* des marchandises du jour « où la volonté de les vendre et de les acheter, moyennant un prix « déterminé, a été réciproquement exprimée, *alors même que la li-* « *vraison n'a pas eu lieu*; que le vendeur n'est dès lors que *créancier* « *du prix*, etc ....

« Malgré ces raisons puissantes, énergiquement développées par « le garde des sceaux, et surtout par M. Teste, *l'ancien système a pré-* « *valu.* »

Que nous apprend ce curieux historique de l'art. 576? Que l'ancien principe sur la transmission de la propriété s'est trouvé en cause devant les chambres; qu'il y a été combattu, défendu, jugé, confirmé, et, pour la seconde fois, érigé en loi.

(2) Le vendeur *non payé* est celui qui a livré la chose sans avoir reçu le prix; l'acheteur *non livré*, celui qui a payé le prix sans avoir reçu la chose. Auparavant et strictement parlant, en général, nul des deux n'est créancier de l'autre, à moins de mise en demeure, ce qui ne peut avoir lieu qu'au moyen de l'offre de la chose ou du prix (V. notre t. 4, n° 266.)

créanciers, constitueraient l'autre en banqueroute, et appelleraient sur lui les sévérités de la vindicte publique. Rien n'importe donc plus que de savoir à quels signes on reconnaît que celui qui laisse ses engagements en souffrance est ou n'est pas soumis à la loi du commerce.

5. — Examinons ce qui différencie les deux états dans leurs conditions d'existence, et leurs conséquences.

« La déconfiture, nous dit Domat, est l'état où se « trouve un débiteur, lorsque ses biens ne suffisent pas à « ses créanciers pour les payer tous..... » (*Lois civiles*, l. 4, tit. 5, sect. 2, art. 1.)

Cette définition était très-exacte au temps où vivait Domat (1), parce qu'alors *déconfiture* et *faillite* avaient une seule et même signification. Cela est si vrai, qu'on ne trouve jamais le mot *faillite* dans l'énorme in-folio que composent les œuvres de ce grand jurisconsulte. Aujourd'hui sa définition serait incorrecte.

Ni le Code civil, ni aucune loi nouvelle n'a défini la déconfiture, que la Coutume de Paris (art. 180) définissait ainsi : « Il y a déconfiture quand les biens du débiteur, « tant meubles qu'immeubles, ne suffisent pas aux créan« ciers apparents. »

De nos jours, cette définition coutumière aurait le même défaut que celle donnée par Domat. Elle ne conviendrait pas *au seul défini*.

Pour être exact, il faut dire :

La déconfiture est l'état d'un débiteur *qui ne fait pas le commerce*, et dont les biens paraissent ne pas devoir suffire à payer tous ses créanciers.

Pourquoi, dans notre définition, ce mot *paraissent*, qui, appliqué aux biens, exprime exactement la même idée que le mot *apparents* appliqué aux créanciers dans l'ar-

(1) Domat est mort à Paris, le 14 mars 1695. Les auteurs du *Nouveau Denisart*, imprimé en 1789, pensaient si bien que *faillite* et *déconfiture* étaient *quid idem et unum*, qu'ils ne disent absolument rien sur le mot *déconfiture*. Ils se bornent à renvoyer au mot *Faillite*, et ils assimilent le bénéfice d'inventaire à une faillite.

ticle cité de la Coutume de Paris? C'est que, *in rei veritate*, la déconfiture n'existe à découvert (*apertè*) que quand l'insolvabilité est devenue constante. Mais comment l'insolvabilité pourrait-elle être un fait-constant avant la vente des biens et la comparaison du produit avec le montant des dettes? Jusqu'à ce temps, on ne saurait dire avec certitude que l'insolvabilité ni, par conséquent, la déconfiture existent; on peut dire seulement qu'elles paraissent exister, et que leur existence est plus ou moins probable. On a vu des débiteurs auxquels il restait un avoir, tous leurs biens vendus et tous les créanciers payés; et, dans la réalité, de tels débiteurs ne furent jamais en déconfiture.

Néanmoins, il est admis par la doctrine (1), et passé en jurisprudence (2), que la déconfiture étant un simple fait *dont la loi n'a pas donné la définition*, ce fait s'apprécie par les différentes poursuites dont le débiteur est l'objet, et d'où il résulte un juste sujet de croire à la certitude de son insolvabilité. Le principe énoncé dans l'art. 180 de la Coutume de Paris est donc toujours en vigueur. L'*apparence* suffit.

La faillite, au contraire, n'est pas un simple fait. C'est un fait dont la loi a déterminé les conditions d'existence, une institution du droit, une création civile qui ne repose pas sur la même base que la déconfiture.

En effet, pour constituer l'état de faillite, il est très-indifférent que le débiteur ait plus ou moins de biens que de dettes; le premier cas est même fort souvent celui des banqueroutiers frauduleux. Solvable ou non, le débiteur commerçant a-t-il *cessé ses payements?* Voilà le fait essentiel. Dès que ce fait existe, l'état de faillite existe. Réciproquement, eût-il un passif supérieur à son actif, aussi longtemps qu'il paye, le débiteur ne change pas d'état. Dans la faillite, la loi protége d'office contre la fraude tous les créanciers, *etiàm dormientes*, en dessaisissant le failli de l'administration de ses biens pour en revêtir les syndics,

(1) M. Duranton, *Oblig.*, n° 431.
(2) Cour de Rennes, 24 mars 1812.

mesure équipollente à une saisie générale et spéciale ; c'est-à-dire, à une saisie pratiquée à la requête de tous les créanciers réunis et de chaque créancier séparément, sur tous les biens du débiteur ensemble, et sur chacun de ses biens.

6. — Dans la déconfiture, chaque intéressé veille seul à ses propres intérêts : *Jura vigilantibus subveniunt*, et provisoirement le débiteur conserve la libre administration et disposition de ses biens. Voilà la règle. En un mot, les prohibitions, les présomptions de fraude, *juris et de jure*, mentionnées dans les art. 446 et 447, et le dessaisissement de plein droit prononcé par l'art. 443, n'atteignent pas le débiteur en déconfiture ; le failli seul en est atteint.

Il ne suit pas de là que le débiteur *déconfit* pourra toujours soustraire ou aliéner ses biens au préjudice de ses créanciers. Tous ceux d'entre eux qui sont porteurs de titres exécutoires ont le droit de pratiquer des saisies, et l'effet de ces saisies est de dessaisir le débiteur de l'administration des biens saisis, sans toutefois en saisir les créanciers, comme en cas de faillite. Seulement ses biens sont sous la main de justice, et le débiteur n'en peut pas disposer. En outre, le dessaisissement du failli s'opère de plein droit, et englobe, aussi de plein droit, tous ses biens meubles et immeubles, sans qu'il soit besoin d'aucune désignation, même ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite (art. 443), et jusqu'au *prohibé* (art. 449), que le Code de procédure civile conserve à tout autre débiteur. Mais le dessaisissement du *déconfit* ne s'opère que par le fait de procès-verbaux de saisie, et ne s'étend qu'aux biens désignés dans ces procès-verbaux. S'il en a été omis, le débiteur en conserve encore la libre disposition. Lui en est-il échu de nouveau, il faut de nouvelles saisies.

Jacques s'est annoncé comme entreprenant un commerce ; il s'est fait livrer à crédit pour 30,000 fr. de marchandises par un ami de son père décédé ; puis il a pris la fuite, tout emporté sans payer personne, et délégué son seul avoir légitime à un seul de ses nombreux créanciers. Quel est son état, et quel sera le sort de la délégation ?

Jacques est assurément un fort malhonnête homme, dont les procédés touchent de près au délit d'escroquerie. Jacques est même un escroc, dans le sens pénal du mot, *s'il a employé envers son vendeur* (ce qui pourrait bien être) *des manœuvres frauduleuses pour lui persuader l'existence d'une fausse entreprise* (art. 405 C. pén.). En tout cas, aux yeux de la loi naturelle, nulle différence entre lui et tout autre débiteur qui aurait fait les mêmes choses. Tous deux, également coupables devant Dieu, seraient également dignes du mépris des hommes. Mais enfin, *qui n'est pas commerçant ne peut être en faillite.* Or, Jacques n'a fait qu'un seul acte de commerce (V. t. 1, n° 39). Donc pas d'habitude, donc pas de faillite; donc aucune des conséquences de cet état.

D'un autre côté, la créance déléguée n'était pas saisie lors de la fuite de Jacques et au temps de la délégation. Donc point de déconfiture. Donc Jacques a pu valablement déléguer, comme il aurait pu valablement donner, et valablement payer.

Il en faut dire autant de toutes les autres espèces dans lesquelles Jacques, tantôt pour une raison, tantôt pour une autre, ne doit pas être déclaré commerçant.

Malgré ces différences fondamentales (nous l'avons dit en commençant, *suprà*, n° 3), la déconfiture n'en produit pas moins, à certains égards, précisément les mêmes effets que la faillite. Ainsi, elle dissout la société, révoque le mandat donné ou reçu, rend toutes les dettes inconditionnelles exigibles (1), même le capital d'une rente constituée, etc. Enfin, dans la déconfiture comme dans la faillite, les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne viennent point à contribution; et tout autre créancier reçoit sa part à proportion de ce qui lui est dû: *Tributio fit pro ratâ ejus quod cuique debeatur* (L. 5, § ult. D., *De tribut. act.*).

Mais, hors ces hypothèses et quelques analogies (2),

(1) Art. 1188 du Code civil. On n'y voit que le mot *faillite*. Mais il est évident que, dans cette disposition de la loi, le mot *faillite* signifie en même temps faillite et *déconfiture*. Cela n'a jamais fait l'objet du plus léger doute (V. *suprà*, n° 3, *in notis*).

(2) V. art. 1446, 1613, 2032, 1276 du Code civil.

plus la moindre similitude. Par exemple, ni le jugement déclaratif, ni le dessaisissement de plein droit, ni rien de ce qui est marqué *infrà*, n° 19, n'a d'application à la déconfiture.

7. — Un cas cependant lui est encore commun avec la faillite : c'est lorsque, en vertu de l'art. 1167 du Code civil, répété dans notre art. 447, l'acte est attaqué comme fait par le débiteur à dessein de frauder, soit des créanciers dont les droits étaient déjà nés, soit ceux (*quicumque fuerint*), qui le deviendraient plus tard, s'il appert que la fraude fut pratiquée *en vue de l'avenir*. Cette fraude *à futur*, que nos auteurs modernes excluent (1) ou passent sous silence, est prévue par Ulpien dans la loi 8, § 1 (2), D., *De rebus auctorit. judic. possid. et vend.*, et doit être prise en considération par le juge, tant pour la juste application de l'art. 1167 du Code civil, s'il y échet, que pour l'exécution des lois sur la banqueroute frauduleuse (V. *infrà*, n° 60). Mais, quels que soient les créanciers, actuels ou futurs, l'espèce de l'art. 1167 est une espèce tout autre que celles réglées par notre art. 446, dont nous parlerons tout à l'heure, et aux termes duquel, dans les cas qu'il prévoit, la suspicion de fraude équivaut à la preuve. Ici la fraude *doit être prouvée* in specie (art. 1116 C. civ.).

(1) Même Toullier (t. 6, n° 351), M. Pardessus, t. 1, n° 190, et Merlin, *Rép.*, v° *Créancier*, ce qui a lieu de surprendre.

(2) La fin de ce paragraphe prévoit le cas où le débiteur loue sa chose à vil prix, pour un temps long et inusité (*Si viliori mercede in tempus longius rem suam locaverit*, dit Voët, *ad Pand.*, lib. 42, tit. 8, n° 15), exemple que nous donnons comme purement démonstratif. En effet, il est mille autres manières de frauder les créanciers à venir, sans parler de la vente simulée, ni du cas inverse de celui qui est prévu par la loi romaine. Mais, dans le commerce, le grand véhicule des fraudes *in futurum*, c'est le papier de crédit.

Au reste, quoi qu'en dise M. Zachariæ, t. 2, p. 348, qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles, l'action paulienne ou révocatoire est *pure-personnelle*. Elle n'est donc jamais donnée contre l'acquéreur ou cessionnaire à titre onéreux qui ignorait la fraude, ni, à plus forte raison, contre le second cessionnaire ou acquéreur *b. nâ fide*.

Quant au cessionnaire à titre gratuit, et au second cessionnaire au même titre, l'action procède toujours contre eux, nonobstant leur bonne foi. *Certant de lucro captando; creditores autem de damno vitando.*

Si l'acte a eu pour but de nuire aux créanciers futurs, cas le plus ordinaire des grandes banqueroutes frauduleuses, il est très-indifférent que le débiteur fût ou ne fût pas insolvable. C'est même bien souvent au fort de la prospérité que ces sortes de fraudes s'ourdissent.

Mais, à part cette espèce, la plus odieuse de toutes, à quels signes reconnaître que l'autre partie est complice?

La fraude est prouvée, nous dit M. Chardon (t. 2. n° 208), « lorsqu'au temps du contrat le débiteur était « notoirement en détresse, et que l'autre contractant en « avait connaissance. »

Double erreur.

Erreur en droit civil : car, encore une fois, la saisie des biens est le seul moyen d'en ôter au débiteur la libre administration (V. *suprà*, n° 2). En ce point, la saisie est à la déconfiture ce que le jugement déclaratif est à la faillite. *Tant qu'il n'y a pas de saisie ou de jugement déclaratif, le débiteur, quel qu'il soit, administre seul ses affaires.*

Notre art. 447, il est vrai, *permet* d'annuler les actes *à titre onéreux* passés avec le failli *après* la cessation de payements et *avant* le jugement déclaratif, si, de la part de ceux qui ont traité avec lui, ces actes ont eu lieu *avec connaissance de la cessation de payements*. Mais cette suspicion de fraude, *fondée sur une seule circonstance*, et qui n'a pas lieu de plein droit, est une dérogation à l'article 1353 du Code civil, lequel, en matière de dol, exige le concours et la concordance de plusieurs circonstances graves et précises. Elle est toute spéciale au commerce.

Erreur en droit commercial : Après avoir résumé, dans sa *Collection des Lois*, l'opinion d'un député sur un amendement duquel fut adopté l'art. 441, M. Duvergier conclut en ces termes : « Il suffira que l'on prouve que le « tiers poursuivi avait connaissance de l'embarras du « failli. »

Cette opinion confirmerait largement la doctrine de M. Chardon, puisqu'elle la dépasse de toute la distance qui existe, et qui n'est pas médiocre, entre la *détresse* et l'*embarras*. Mais il faut s'entendre.

Le savant continuateur de Toullier se borne-t-il à enseigner que, toujours libre de reporter l'ouverture de la faillite à telle époque qu'il voudra, le juge commercial le sera toujours de rendre de nul effet tel acte qu'il a en vue, quand celui qui a concouru à l'acte, ou qui en profite, connaissait la cessation de payements? S'il en est ainsi, nous n'avons rien à contester.

Mais si M. Duvergier pense, et ses expressions donneraient à le croire, qu'on peut annuler un acte par cela seul que le débiteur commerçant était dans l'*embarras*, et que l'autre partie en avait connaissance, alors c'est une erreur.

8. — Trois époques sont à distinguer :

Tout acte fait depuis le jour où le jugement déclaratif a été prononcé, doit être annulé, sans qu'il soit besoin d'en vérifier autre chose que la date. Il n'y a même pas à distinguer s'il été passé avant ou après l'heure du prononcé. Ce jour est prohibé *ex toto*.

Tout acte fait depuis la cessation de payements jusqu'au jour du jugement déclaratif *peut* être annulé *pro prudentiâ judicis*, si celui qui a contracté avec le failli connaissait la cessation, c'est-à-dire, celle dont l'époque aura été fixée ou reportée par le juge consulaire. Il n'en est pas d'autre opposable.

La troisième époque est celle de cet *état douteux* qui précède la cessation de payements, *status proximus decoctioni*, comme disaient les anciens docteurs. La part de cet état est faite dans l'art. 446. Les actes que cet article désigne, et seulement ces mêmes actes, sont nuls relativement à la masse, s'ils ont été faits *dans les dix jours* qui ont immédiatement précédé celui de la cessation des payements.

Mais l'art. 447 ne dit rien de semblable. Il dit seulement, comme on vient de le voir, que... « tous actes « à titre onéreux pourront être annulés, lorsqu'ils ont « été passés par le failli *après la cessation de ses* « *payements, et avant le jugement déclaratif*, si l'autre « contractant avait connaissance de la cessation. » Voilà

le seul cas où cette seule connaissance puisse, à la discrétion du juge de commerce, être érigée en présomption de fraude. Aller plus loin, ce serait transgresser la loi. Ce serait aussi en dénaturer le texte que d'y introduire des mots vagues, tels que *détresse*, *état douteux*, *embarras* et autres locutions semblables, comme quasi synonymes de cette expression technique et sacramentelle *cessation de payements*, seul fait caractéristique de l'état de faillite. Ne voit-on pas tous les jours des fabricants *engorgés*, des commerçants *embarrassés* qui, à l'aide de leur crédit, continuent de faire honneur à leurs engagements ! Que de méfiance et quel trouble dans le commerce, si l'on ne pouvait traiter avec eux sans s'exposer à des imputations de fraude, toujours plus ou moins pénibles et nuisibles, alors même qu'on en a triomphé !

Il n'est donc pas de loi qui me défende de traiter, *v. g.*, d'une vente ou d'un achat avec quelqu'un dont je sais l'état embarrassé, pourvu qu'il ne soit pas un commerçant qui, à ma connaissance, ait cessé ses payements; et, même en ce dernier cas, l'acte ne sera annulé qu'autant que le juge soit convaincu qu'il y a fraude et *préjudice* pour la masse ; si l'acte est antérieur à la cessation de payements, la fraude doit être prouvée de la même manière que s'il s'agissait de déconfiture, sauf les cas particuliers prévus par l'art. 447.

Passons donc à l'examen des cas où le commerçant et le non-commerçant sont placés sur la même ligne, c'est-à-dire dans lesquels l'acte est attaqué, non plus en vertu de lois spéciales au commerce, mais en vertu du principe commun à tous, consacré par l'art. 1167 du Code civil, touchant les actes faits *in fraudem creditorum*. Car la bonne foi dans les actes est due, non-seulement par chacune des parties à l'autre, mais aussi à toutes les personnes que peut intéresser l'acte ou le contrat. Si donc l'acte est frauduleux, et qu'il en résulte pour elles un préjudice quelconque, elles ont le droit d'en exiger la réparation, en vertu du grand principe de morale *Alteri ne feceris quod tibi fieri non vis*, érigé en loi par les art. 1382 et 1383 du Code civil.

La théorie compliquée des divers actes dont les créanciers peuvent demander la révocation, comme faits en fraude de leurs droits, n'est pas de notre sujet. On peut la voir savamment exposée par M. Toullier (t. 6, n°s 344 et suiv.). Nous renfermant dans notre spécialité, *l'achat et la vente*, nous dirons donc que, en cette matière, comme dans tous les autres cas qu'embrasse le principe général consacré par l'art. 1167 ci-dessus mentionné, pour que l'action des créanciers, en leur nom personnel, puisse être accueillie, trois choses sont essentiellement nécessaires. Il est requis :

1° Que le débiteur ait agi avec intention de frustrer ses créanciers; sans cela, l'acte ne peut être frauduleux, ni de la part du débiteur qui n'avait pas le dessein de nuire, ni de la part de l'autre partie, laquelle ne peut être complice d'une fraude que l'autre contractant n'avait pas l'intention de commettre;

2° Que cette autre partie ait connu l'intention frauduleuse du débiteur si celui-ci a agi frauduleusement, nul ne pouvant être complice qu'avec connaissance;

3° Alors même qu'il y a fraude et complicité, il faut que l'acte soit nuisible aux créanciers, *consilium fraudis et eventus damni;* sans cela, ils n'ont pas d'intérêt.

Du reste, le mot *acte* doit être pris *latissimo sensu.* De quelque manière qu'un débiteur qui se sait insolvable diminue volontairement son actif, il commet la fraude prévue par la loi; et si l'autre partie connaissait ce mauvais dessein, l'acte, quel qu'il soit, doit être révoqué ou déclaré nul : *Quodcumque igitur fraudis causâ factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit, nam latè ista verba patent*..... (L. 1, D., *Quæ in fraud. creditor.*).

Mais un acte peut être contraire à l'intérêt des créanciers, sans avoir été fait en fraude de leurs droits.

D'un autre côté, les actes qui font fraude à ces droits ne sont pas les seuls que les créanciers puissent entreprendre. Ils peuvent également, en exerçant les droits de leur débiteur, attaquer tout autre acte qui leur préjudicie (art. 1166 C. civ.), et qui est infecté de quelque vice essentiel.

L'acte est fait en fraude des créanciers, quand il simule une dette qui n'existait pas, ou s'il quittance une dette qui n'a pas été payée; *v. g.*, si Jacques s'oblige envers Pierre à lui payer 25,000 fr., prix d'un navire parti pour la Californie, sachant tous deux, lors de l'acte, que ce navire s'était perdu corps et biens; ou si, ayant payé par anticipation, sous escompte, les 25,000 fr., prix convenu des sucres que Jacques lui a vendus à livrer, Pierre a reconnu, *v. g.*, par lettre ou sur ses livres, en avoir reçu la délivrance qui n'a pas été faite : *Sive ergò rem alienavit*, continue la loi romaine ci-dessus rappelée, *sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit.* Ce sont là deux cas de banqueroute frauduleuse (art. 597 de l'ancien Code, art. 591 de la loi de 1838) (1), punis de travaux forcés à temps; tandis que, si Pierre et Jacques n'étaient pas commerçants, tout se bornerait à la révocation pure et simple de l'obligation de Jacques envers Pierre pour le prétendu navire, et à la révocation de la décharge donnée par celui-ci des sucres non livrés, avec dommages et intérêts pour les créanciers de Pierre contre Jacques, complice d'une fraude tramée à son profit, et comme tel responsable de la différence en plus, s'il en existe ou s'il en a existé depuis le contrat, entre les 25,000 fr., prix convenu des sucres, et leur valeur au plus haut cours auquel des sucres pareils se sont faits en bourse à partir du jour où la délivrance aurait dû être effectuée, jusqu'au jour du jugement révocatoire. *Qui est en fraude est toujours en demeure.*

On pourrait aisément modifier ces deux hypothèses de plusieurs manières, et, à coup sûr, il en resterait encore bien plus d'imprévues, tant la fraude est habile à se multiplier, ingénieuse à varier ses formes. Mais la chose nous semble inutile; peut-être même, à certains égards, offrirait-elle quelque inconvénient. L'acte a-t-il faussement

(1) Effectivement, en déchargeant Jacques de son obligation de livrer, Pierre lui a donné une exception qui, sans la fraude découverte, serait péremptoire contre la demande en délivrance que ses propres créanciers pourraient former. Pierre a donc soustrait les sucres à son actif.

supposé une *décharge* ou une *créance?* Voilà en quoi tout se résume. C'est à la sagacité, à la perspicacité du juge de découvrir la fraude, et là est le difficile : *Hoc opus, hic labor est*..... parce que la perspicacité et la sagacité de l'esprit ne sont pas choses qui s'apprennent.

Jacques se promenant un matin sur le quai de Concarneau, où son *Neptune* est amarré, entre en marché de ce navire avec un Anglais, et ils allaient s'accorder, lorsque Pierre et trois autres individus avec lesquels il déjeunait au café voisin et qui, comme lui, avaient entendu les pourparlers, accourent en grande hâte, et Pierre de dire à l'Anglais devant plusieurs personnes qui se trouvaient là réunies: « Nous vous défendons de conclure. Cet homme « est notre débiteur, et ce qu'il veut faire en ce moment « nous donne à penser qu'il a d'autres créanciers. Son « intention est de nous frustrer tous. La preuve, c'est le « vil prix pour lequel il est sur le point de vous laisser « cette superbe goëlette, qui vaut au moins le double de « ce que vous lui en offrez. » Si le marché se conclut malgré la défense, et que, un mois plus tard, Jacques tombe en faillite, l'achat doit-il être révoqué? Oui, répond le jurisconsulte Ulpien, parce qu'un acheteur qui persévère, au mépris d'une telle sommation faite devant témoins, n'est pas exempt de fraude : *Si quis particeps quidem fraudis non fuit, verumtamen vendente debitore, testatò conventus est à creditoribus ne emeret, an in factum actione teneatur si comparavit, et* magis *est ut teneri debeat. Non enim caret fraude qui conventus testatò perseverat.* (L. 10, *eod.*)

En droit français, la décision doit être la même ; car, comme le dit M. Toullier : « A l'exemple de l'édit du « Préteur, l'art. 1167 ne détermine point les actes qu'on « peut attaquer quand ils sont censés faits en fraude des « créanciers. Il faut donc recourir aux lois romaines, où « le principe a été puisé, et où les conséquences se trou- « vent développées avec détail. » (T. 6, n° 344.) Ces lois « sont fondées sur l'équité. » (*Ibid.*, n° 354.)

Inutilement l'acheteur voudrait-il se défendre, en disant qu'il ne connaissait pas l'intention frauduleuse de

Jacques, *particeps fraudis non fuit*; et que, n'ayant pas cessé ses payements, Jacques avait la libre administration de ses biens. La vileté du prix et l'obstination de notre Anglais après l'avertissement accusent, de sa part, trop de cupidité et trop peu de délicatesse pour qu'on doive l'écouter : *non est audiendus*. En tout cas, acheter après l'avertissement, c'était commettre une imprudence, et s'engager par un quasi-délit à réparer le préjudice (art. 1383 C. civ.).

Mais, hors ce cas particulier, l'action révocatoire n'aurait pas lieu contre quelqu'un qui achèterait d'un vendeur auquel il connaît des créanciers, sans connaître son intention de les frauder : *Aliàs autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter, sine fraudis conscientiâ, non videtur hâc actione teneri* (L. 10, § 4, *eod.*).

C'est que, en effet, un vendeur peut ne pas connaître son insolvabilité : *Sæpè enim de facultatibus suis ampliùs quàm in his est, sperant homines* (Gaius, l. 10, D., *Qui et à quibus manum.*); ou devoir moins qu'il n'a d'actif, ou même ignorer qu'il a des créanciers (M. Toullier, *ubi suprà*).

Le payement d'une dette vraie est un acte fait en fraude des créanciers, quand la somme ou la chose comptée ou livrée était saisie *pro debito*, et selon les formaliés prescrites par la loi. La saisie pratiquée par un seul des créanciers leur profite à tous, moyennant certaines formalités faciles que chacun d'eux doit remplir s'il veut atteindre ce but.

Le payement d'une dette vraie doit être annulé à la demande des créanciers, si le créancier s'est emparé furtivement d'une valeur quelconque appartenant au débiteur, ou s'il s'en est emparé de force; ou bien encore s'il a pratiqué des manœuvres frauduleuses pour déterminer le débiteur à lui faire, *v. g.*, le payement du prix d'une vente ou la délivrance d'une chose vendue, lorsqu'il est *évident* que ce même débiteur n'eût pas fait ce payement ou cette délivrance sans ces mêmes manœuvres (art. 1116 C. civ.).

En vain le créancier viendrait-il dire : ***Meum recepi***, et la chose ou la somme n'était pas saisie. Le juge répondrait avec le loyal auteur du *Droit dans ses maximes*, p. 170 : « Le droit rougirait d'approuver, même en faveur d'un but légitime, l'immoralité des moyens. *Malo* « *more gestum est.* » Il n'en faut pas davantage. Jamais la fraude ne peut servir d'égide à son auteur : *Nemini fraus sua patrocinari debet.*

Par parité de raison, si ce n'est même à plus forte raison, il en faut dire autant de la violence.

Mais on n'écouterait pas le débiteur lui-même, et la raison en est simple : S'il n'eût pas déjà payé par suite des manœuvres pratiquées envers lui, ou si le créancier ne se fût pas payé violemment, ce débiteur serait tenu de payer actuellement. Nul motif donc pour que le créancier soit tenu de rendre : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

On a vu (*suprà*, n° 7) que notre art. 447 autorise le juge (nous ne disons pas *oblige*) à annuler tous payements, même de dettes échues, lorsqu'ils ont été faits depuis la cessation de payements *connue* du créancier, et avant le jugement déclaratif. Mais alors même que mon débiteur est un commerçant, auquel je connais des dettes, et que je le sais insolvable, s'il n'a pas cessé ses payements, ou s'il les a cessés sans que je l'aie su, et que ce qu'il m'a compté ou livré ne fût pas saisi, le payement qu'il m'a fait d'une dette vraie est valide : *Sciendum est Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequàm bona debitoris possideantur* (1), *quamvis sciens prudensque solvendo non esse, recipiat, non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit* (L. 6, D., *Quæ in fraud. credit.*) (2).

(1) Parmi nous, la saisie produit, sous ce rapport, le même effet que produisait, à Rome, l'envoi des créanciers en possession des biens du débiteur. Seulement cet envoi en possession comprenait généralement tous les biens, tandis que notre saisie doit être *spéciale*.

(2) Se gli altri creditori non sono posti in possesso dei beni del fallito debitore, non hanno l'azione rivocatoria, perchè la legge sec-

Sans doute, en recevant mon dû, n'ai-je pas favorisé l'intérêt des autres créanciers; ils ne s'en trouveraient que mieux si je n'eusse rien reçu. Mais, dans l'hypothèse posée. dès que je puis dire *meum recepi*, je n'ai rien fait en fraude de leurs droits : *mihi vigilavi*, et je le pouvais en toute conscience. Les autres créanciers ont à s'imputer leur incurie : *Alii creditores suæ negligentiæ expensum ferre debent; jus civile vigilantibus scriptum est* (D., l. 24, *eod.*).

Enfin, il est deux cas où les créanciers peuvent attaquer, par la voie de la tierce opposition, un jugement rendu contre le failli avant sa faillite : 1° lorsqu'ils peuvent justifier de droits propres et personnels qui eussent été de nature à faire échouer l'action formée, ou l'exception proposée, contre leur débiteur; 2° quand ils ont la preuve que ce même débiteur a engagé l'instance ou qu'il s'y est expédié en fraude de leurs droits.

Nous ne parlons ici que des créanciers de l'art. 1167 du Code Napoléon. Ceux de l'art. 1166 sont dans une catégorie différente (V. *infrà*, n° 80).

Au reste, à quelque époque antérieure à la faillite que le juge ait prononcé, son jugement ne tombe jamais sous la suspicion introduite par l'art. 446 : *Pro veritate habetur.*

9. — Si le Code civil ne définit pas la *déconfiture*, le Code de commerce définit la faillite : c'est l'*état de tout commerçant qui cesse ses payements* (art. 437).

Cette définition a, sans contredit, trois des conditions essentielles de toute bonne définition : Elle est *brève.* — Elle *convient à tout le défini.* — Elle convient au *seul défini*, et elle serait *claire* (première condition de toutes), si tout le monde était d'accord sur le sens des mots dont elle se compose.

A la vérité, M. Renouard nous dit (*Des faillites*, t. 1er,

corre chi veglia, e non chi dorme, e l'industria o la diligenza non dee essere in pena. Il creditore dee essere accorto a riciperare il suo. (De Jorio, t. 3, part. 1, libro 5, tit. 11.)

p. 226) : « Il est des expressions tellement claires par elles-« mêmes que les définitions ne font que les obscurcir. « *Celle de cessation de payements est de ce nombre.* »

Malgré cette assertion, à notre avis un peu hasardée, nous nous demandons encore, par exemple, ce que *cessation de payements* signifie au juste.

Ne s'agit-il que de payements à effectuer soit en espèces, soit en effets de commerce, soit par la dation *in solutum?*

Ou bien l'expression *payements* doit-elle être aussi entendue dans le sens d'un débiteur ayant à acquitter ou payer des obligations de *faire*, ou de *livrer* ou *donner?*

En outre, du payement de quelles dettes veut-on parler? Veut-on parler seulement des dettes échues et inutilement exigées, ou bien aussi des dettes à terme, ou sous condition?

Veut-on parler des dettes commerciales exclusivement, ou de toutes dettes indistinctement?

Il n'y a pas jusqu'au mot *cessation* qui ne puisse être diversement compris.

Car veut-on parler d'une cessation universelle? ou d'une cessation générale, comme M. Renouard l'enseigne? ou d'une cessation partielle, comme le prétendent certains auteurs, et le décident certains arrêts?

Suffirait-il du refus de payer un créancier unique, commercial ou civil? Faut-il avoir cessé de payer, soit la généralité des créances civiles, soit la généralité des créances commerciales?

Y a-t-il cessation de payements par cela seul qu'un commerçant renouvelle ses acceptations et autres engagements de commerce, au lieu de les payer ou acquitter actuellement?

N'est-il jamais permis au juge d'admettre une différence entre *cesser* ses payements, *cessare in solutione*, et discontinuer ses payements avec l'intention et les moyens de les reprendre bientôt et de les continuer, *facere punctum in negotio suo* (Casareg., Disc. 192, n° 2).

Sur tout cela, et sur bien d'autres choses dont il sera parlé en leur temps et lieu, nous ne voyons pas claire-



ment que l'expression *cesser ses payements* soit claire *par elle-même.*

Nous n'essayerons cependant pas de définir la *cessation de payements*, non par crainte d'obscurcir la chose, une bonne définition, lorsqu'elle est possible, éclaircit toujours et n'obscurcit jamais; mais parce que, *per rerum naturam*, ce qui est remis à la libre volonté du juge n'est pas plus susceptible de définition que cette volonté elle-même de délimitation. C'est pourquoi nous en ferons l'objet de quelques explications, suivant nous, nécessaires.

Avant tout, à quoi peut-on reconnaître que la cessation de payements existe, en ce sens qu'elle doive ou puisse être juridiquement *déclarée faillite?*

Les auteurs du *Nouveau Denisart*, qui écrivaient encore au commencement de la première révolution, indiquent minutieusement tous les faits qu'on regardait alors comme signes certains d'une faillite existante (1), les uns séparément pris, les autres par leur réunion; et après les avoir discutés *singillatim*, ces savants jurisconsultes déclarent qu'à leur avis, il n'en est qu'un seul toujours indubitable, *le dépôt du bilan au greffe* (V. *infrà*, n° 45). Ils n'exceptent même pas les deux seuls signes indiqués par l'ordonnance de 1673, *la retraite du débiteur ou l'apposition des scellés sur ses biens*, et ils trouvent des raisons fort plausibles à l'appui de leur opinion. « Il serait à désirer, disent-« ils, que l'on fît une loi qui *désignerait* exactement les « cas dans lesquels un homme serait réputé en faillite; « elle *éviterait* bien des difficultés. » Mais ils n'eurent garde, et pour cause, de formuler le projet de cette loi.

Toutefois leur vœu ne resta pas sans quelque effet, car, peu d'années après, le célèbre conseil d'État de l'empire se mit à l'œuvre, et l'on vit paraître le Code de 1808, dont l'art. 441 voulait que l'époque de l'*ouverture* de la faillite fût fixée, *soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tous actes*

(1) Ne perdons pas de vue qu'à cette époque on ne connaissait pas de jugement déclaratif tel qu'il est exigé par notre art. 440.

constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce. » Néanmoins, continue l'article, tous « les actes ci-dessus mentionnés ne constateront l'ouver- « ture de la faillite, que lorsqu'il y aura *cessation de « payements ou déclaration du failli.* »

Qu'arriva-t-il de cette rédaction embarrassée où l'on rétracte en finissant ce que l'on avait dit en commençant? Beaucoup de tribunaux, par un juste scrupule de conscience, refusèrent de prendre en considération des faits cependant fort graves, mais qui ne rentraient pas d'une manière évidente dans le texte d'une loi éminemment limitative de sa nature, et par sa liaison éventuelle avec des lois pénales.

En 1838, le Code fut repris en sous-œuvre. On s'ingénia de son mieux dans l'une et l'autre chambre pour trouver une définition qui pût appeler la jurisprudence à l'uniformité. On insista surtout pour que *la notoriété publique* fût érigée en signe certain. Mais on répondait avec avantage que la notoriété publique est souvent trompeuse : *Aliquem non solvendo esse in notorium transire non potest* (Straccha, part. 2, n° 3) ; que, si l'on remonte à sa source, il n'est pas rare de trouver qu'elle a pour tout fondement des suppositions calomnieuses, inventées par l'envie ou la haine, et propagées par la crédulité populaire qui va toujours *crescendo*, et est toujours prête à affirmer ; de là le vieil adage : *Nullum est tàm impudens mendacium, ut teste careat* (1) ; qu'aussi ne l'a-t-on jamais admise en France à l'égal d'une preuve (V. Toullier, t. 8, n° 13) ; et qu'il serait dangereux d'introduire une pareille innovation. Après de savantes discussions, la *notoriété*, ce dernier moyen proposé pour remplacer tous les autres, fut aussi mise à l'écart. On s'aperçut enfin que la définition sur laquelle on avait tant disputé sans avoir pu s'accorder, était comme un écheveau qui s'emmêle de plus en plus à mesure qu'on s'obstine à le vouloir débrouiller, et nos graves législateurs finirent par se trouver heureux de se

(1) Pline, *Hist. nat.*

retirer de cette impasse en se conformant au précepte d'un poëte :

. . . . Quæ
Desperat tractata nitescere posse relinquit.

C'était, à coup sûr, le parti le plus sage ; car, en n'envisageant la faillite que sous le rapport du fait, on peut hardiment lui appliquer ce qu'une loi romaine applique à toutes les questions de fait : « Quelle espèce de preuves « faut-il, dit cette loi, et dans quelle mesure suffisent ces « preuves pour prouver chaque chose douteuse ? Nul ne « le dira jamais en termes assez précis pour en pouvoir « formuler la définition (1). » De guerre lasse, et à l'inverse de ce célèbre aphorisme de Bacon, *excellente est la loi qui laisse le moins possible à l'arbitraire du juge, excellent le juge qui s'en arroge le moins* (2), tout fut laissé à l'appréciation discrétionnaire du juge, impuissant, à son tour, par la nature des choses, à restreindre son mandat illimité, puisqu'il ne le pourrait qu'en vertu même de ce mandat sans limites.

Mais à quelle théorie pourrait se prêter un texte qui, après avoir ébauché une définition, commet au juge le soin de l'achever dans chaque espèce selon la diversité des cas, *pro variis facti circumstantiis?* La seule théorie possible serait quelque chose d'analogue à ce que dit aux jurés l'art. 342 du Code d'instruction criminelle. C'est donc comme si l'art. 437 et l'art 440, qu'il ne faut jamais séparer, disaient aux juges consulaires : « La loi ne vous « oblige pas à tenir pour existante une cessation de paye- « ments attestée par la rupture de commerce, le dépôt « d'un bilan, la clôture des magasins, la retraite du débi- « teur, ou par tel ou tel nombre de témoins, ni même par

(1) *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei* (cuique decoctioni) *sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest* (L. 3, § 2, D., *De test.*). — C'est aussi ce que Casaregis dit en d'autres termes: *Ad probandam decoctionem, nulla regula certa est in jure determinata...* (Disc. 179, n° 88).

(2) *Optima lex quæ minimum judici relinquit; optimus judex qui minimum sibi.*

« la notoriété publique. Elle ne vous dit pas non plus : « Vous ferez abstraction de toutes ces circonstances, et ne « regarderez comme suffisamment établie que la preuve « formée de telles ou telles pièces, de telles ou telles pour- « suites, de tant de protêts ou autres mises en demeure. « Elle ne vous fait que cette seule question, qui renferme « la mesure de tous vos devoirs : Avez-vous l'intime con- « viction qu'un tel est commerçant et que ce commerçant « a cessé ses payements commerciaux ? »

10. — Voilà ce qu'on a nommé le *pouvoir discrétionnaire* du juge de commerce en matière de déclaration de faillite. C'est une dénomination qui veut être sainement entendue ; car, comme le dit fort bien M. Massé (t. 3, n° 205), ce pouvoir discrétionnaire « est subordonné à « certaines règles et à certains principes préexistants qui « dominent nécessairement la matière. » Ces règles et ces principes tiennent au droit. Or, envisagée sous ce rapport, la question : *Jacques est-il failli?* n'est pas moins complexe que la question : *Jacques est-il commerçant ?* (V. t. 1, n°s 37 et suiv.).

Que fait un tribunal de commerce avant d'accorder ou de refuser au poursuivant les conclusions de sa requête?

Il examine d'abord si le poursuivant a qualité, c'est-à-dire, s'il justifie d'une créance, car il faut être créancier pour avoir le droit de provoquer une déclaration de faillite (art. 440).

Le tribunal examine ensuite s'il y a cessation de payements dans le sens de l'art. 437.

Est-il convaincu que la cessation existe, il le déclare en fait et y applique le droit introduit par l'art. 440. Au cas contraire, la requête est rejetée ; mais, soit que le poursuivant succombe, soit qu'il réussisse, le jugement, comme l'arrêt, en cas d'appel, après opposition, ou le délai de l'opposition expiré, doit, *à peine de nullité, contenir le point de fait et les motifs.*

Si les parties acquiescent, et qu'il n'y ait pas d'opposition de la part des créanciers, tout est terminé. Il y a chose irrévocablement jugée à l'égard de tous.

Y a-t-il appel, la Cour peut dire que les premiers juges se sont trompés en fait comme jurés, en droit comme juges, ou même en cette double qualité.

On peut donc comparer la fonction du juge consulaire à la fonction du juge correctionnel, qui prononce aussi comme juré sur le fait, et comme juge sur l'applicabilité d'une loi répressive.

Enfin au-dessus des Cours d'appel plane la Cour de cassation, Papinien multiple, interprète-législateur de la règle abstraite et douteuse (1). Cette Cour est tenue de prendre pour constants les faits déclarés tels par l'arrêt, qui, sous ce rapport, n'est pas moins souverain que la déclaration d'un jury de jugement. Mais il appartient à la Cour suprême d'apprécier *la qualification* que les juges d'appel ont donnée aux faits, et *les conséquences* qu'ils y ont attachées. Pourquoi? Parce que ce sont là des questions de droit.

On voit, en dernier résultat, que, quand elle est entreprise par appel, la décision des juges consulaires est, en quelque sorte, ce que serait la déclaration d'un jury spécial *de mise en prévention de faillite*, si la faillite était un crime ou un délit;

Et que la décision de la Cour d'appel, irréfragable quant au point de fait, peut être annulée quant au point de droit, comme elle doit l'être pour inobservation des formes prescrites à peine de nullité.

Faisons maintenant une hypothèse qui embrassera la plupart des questions que nous avons posées en commençant; les autres seront traitées en leur endroit.

Jacques m'a vendu 100 tonneaux de tel vin, livrables fin de décembre. Mais nous voici au 15 janvier; les vins sont en hausse, et Jacques ne livre pas. Mis en demeure,

(1) Théodose le Jeune prescrivit aux juges de suivre le sentiment de Papinien, chaque fois que les jurisconsultes (*Prudentes*) seraient partagés entre eux en nombre égal : *Ejus partis præcedat auctoritas in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat.* Jamais aussi grand honneur n'avait été fait à un homme sur la terre.

Notre loi du 1er avril 1837 (*Bull.* n° 499), est quelque chose de très-analogue à ce décret impérial.

loin de contester le marché, il me demande par écrit un nouveau délai. Je ne lui connais pas d'autres créanciers, mais je le soupçonne d'en avoir, parce que, à tort ou à raison, il a couru un bruit que Jacques venait de faire des opérations malheureuses dans les *trois-six*, et je présente requête en déclaration de faillite. *Quid juris?*

Ma créance n'étant pas contestée, la première question est de savoir si c'est *faillir* que de manquer à un engagement de *livrer*. Or, nul doute à cet égard. Livrer ce qu'on est tenu de livrer, c'est payer, *solvere vinculum obligationis*. La loi ne distingue pas entre la cessation de tels payements et la cessation de tels autres. Je ne suis pas moins créancier de Jacques que si je lui eusse prêté 70,000 fr. *Creditorum appellatione non hi tantùm accipiuntur qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex quâlibet causâ debetur* (L. 11, *De verb. signif.*). Il n'y a donc point à distinguer, et, si la Cour admettait une distinction, l'arrêt devrait être cassé pour violation de l'art. 437.

La décision doit être la même, *v. g.*, quand Jacques, entrepreneur de constructions de navires, qui s'est engagé à m'en construire un de 550 tonneaux pour la pêche de la morue, ne satisfait pas à son engagement de *faire* après mise en demeure.

Mais Jacques, mandé par le juge pour s'expliquer sur la requête (1), présente des objections qui paraissent plus sérieuses.

Le poursuivant, dit-il, est mon *unique créancier*. Je le mets au défi de prouver que j'en aie d'autres. Comment, en pareil cas, pourrait-il y avoir faillite? — Voudrait-on un juge-commissaire, des syndics, des vérifications de créances et tant d'autres formalités prescrites lorsqu'il s'agit d'un commerçant véritablement failli? Il serait absurde de le penser.

En second lieu, qu'est-ce que la faillite? Demandons-le à M. Renouard, le rapporteur même de la loi de 1838.

(1) Le tribunal a toujours le droit d'appeler le débiteur pour être entendu dans ses explications, et, à moins d'une extrême urgence, ce droit est toujours un devoir.

« Être en faillite, dit cet auteur, c'est l'état d'un commer-« çant qui manque à la *généralité* de ses engagements, « parce qu'il manque de ressources actuelles pour y sa-« tisfaire. Ce n'est pas être en faillite que de manquer à « quelques engagements seulement » (t. 1er, p. 219.)

Nous répondons d'abord avec un arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes, du 7 juillet 1841, et un autre arrêt de la chambre civile, du 6 décembre suivant, rendu dans le même sens, tous deux invoqués par M. Renouard lui-même (t. 1er, p. 266, 267), qu'un créancier, « quoique unique, sans s'enquérir s'il en existe ou non « d'autres, est en droit de provoquer la déclaration de « faillite du commerçant son débiteur (1). » Nous répondons encore avec un arrêt de la Cour d'Orléans, du 28 mars 1840, aussi invoqué par M. Renouard (*eod. loc.*), que « la loi commerciale n'ayant pas subordonné la mise « en faillite du débiteur à l'existence de plusieurs créan-« ciers, mais seulement à la cessation de ses payements, « il suffit qu'il ait cessé de remplir ses engagements pour « qu'il y ait lieu à le déclarer en faillite; que ce serait ré-« compenser la mauvaise foi d'un débiteur qui aurait eu « l'habileté de substituer un seul créancier à plusieurs « pouvant faire déclarer sa faillite, et le faire constituer « même en état de banqueroute. » Nous disons avec le même arrêt, et, par conséquent, avec M. Renouard, que « l'obligation de prouver l'existence de plusieurs créan-« ciers ne saurait être équitablement et préalablement « imposée au poursuivant, puisqu'il n'a à sa disposition « aucun moyen de les connaître, et qu'ils peuvent être « éloignés ou intéressés à se taire ; » et, entre autres motifs ajoutés à ces considérations par M. Renouard lui-même, nous faisons observer que le créancier poursuivant a un intérêt manifeste, « qu'il verra tomber de plein

(1) A la vérité, dans cette espèce, il y avait, de la part du débiteur, *retraite du commerce, clôture de ses magasins, abandon total, déroute et ruine entière de ses affaires.* Mais qu'importe? La question n'était pas de savoir si ce débiteur se trouvait *de fait* en faillite, mais de savoir, en droit, si *un* créancier *unique* pouvait en provoquer la déclaration judiciaire.

« droit les actes faits à titre gratuit dix jours avant la ces-« sation de payements; qu'il ne sera pas exposé à être « primé par des hypothèques prises à son préjudice; qu'il « jouira du bénéfice des restrictions apportées, en cas de « faillite, aux droits des femmes; et qu'il profitera de « toutes les garanties de la loi, plus étendues que les sim-« ples droits de poursuite » (*Des faillites*, ubi suprà).

Enfin, quant aux formalités qui ne pourraient pas être remplies, nous disons que ces formalités ne sont pas de l'essence de la faillite, laquelle existera légalement dès que la cessation de payements, si elle existe, aura été constatée par un jugement déclaratif; et nous ajoutons avec la Cour de cassation (même arrêt) que, « si plusieurs dispositions « que la loi prescrit pour l'*ouverture*, la marche et la clô-« ture de la faillite demeurent sans effet, les procédures, « devenues ainsi plus expéditives et plus simples, ne sont « pas inconciliables avec la nature commerciale de l'af-« faire, les qualités commerciales des parties, les obliga-« tions du débiteur, les droits du créancier. »

Nous ne voyons pas ce qu'on pourrait répondre: encore passons-nous sous silence d'autres raisons décisives apportées ou approuvées par M. Renouard.

La difficulté maintenant, mais ce n'est pas notre affaire, serait d'accorder sa doctrine avec sa définition.

Car, si « ce n'est pas être en faillite que de manquer « à quelques engagements seulement, » à plus forte raison, sans doute, ne serait-on pas en faillite pour manquer à un seul engagement.

Le principal vice de la définition est dans l'expression *généralité* que M. Renouard y a introduite, et qu'on ne trouve point dans la loi.

La *généralité* des engagements ne peut s'entendre que de tous les engagements, moins quelques rares exceptions, et l'art. 437 n'en fait aucune.

Non-seulement il n'en fait aucune, mais il n'a voulu en faire aucune.

Ce qui le prouve, c'est que le projet du Code de 1808 portait TOUS *ses payements*, et que ce mot *tous* écarté par l'art. 437 de cet ancien Code ne se lit pas non plus

dans le nouvel art. 437, littéralement copié sur l'autre.

Avec le mot *généralité*, on tomberait dans le vague, et rien ne répugne plus à la clarté d'une loi et à la bonté d'une définition.

Car, comme le fait observer l'arrêt de la Cour d'Orléans, précédemment cité, et pleinement approuvé par M. Renouard, *ce que l'on dit d'un seul créancier, on pourrait tout aussi bien le dire de deux, et alors combien en faudrait-il pour constituer une faillite?*

Quand j'ai deux créanciers seulement, chacun de 10,000 fr., et que j'en paye un, sans payer l'autre, où est la *généralité?*

Lorsque j'ai dix créanciers, dont un de 50,000 fr. et les neuf autres de 25,000 fr. ensemble, où est la généralité? du côté de la somme, ou du nombre?

Si donc j'étais débouté de ma requête, par le motif que je suis l'*unique* créancier de Jacques, l'arrêt devrait être cassé pour violation de l'art. 437, et aussi pour violation de l'art. 440 d'après lequel un seul créancier a le droit de provoquer la mise en faillite.

Mais M. Renouard aurait pu dire sans commettre aucune erreur : *Ce n'est pas être* nécessairement *en faillite que de manquer à quelques engagements seulement.*

Par exemple, si Jacques venait établir que les vins qu'il était prêt à livrer ont péri dans son chaix par l'effet d'un cas fortuit, que la grève des ouvriers l'a empêché de construire le vaisseau, et que, avec un peu de temps, il est en mesure d'exécuter sa double obligation de *faire* et de *donner*, comme il ne s'agit pas d'une lettre de change (art. 135), ni d'un billet à ordre (art. 187), le juge pourrait accorder un délai modéré, et il y aurait alors *suspension* de payements, *punctum in negotio.* Mais ce délai que le juge peut refuser, il ne peut l'accorder qu'une fois, et *toutes choses demeurant en état* (art. 1244 C. civ.), signe évident d'une simple *suspension.* Par conséquent, si, à l'expiration du délai, nul des deux engagements n'a reçu son exécution, ou même si l'un d'eux est encore inexécuté, la condition suspensive de la déclaration juridique de l'état de faillite est défaillie, la cessation

de payements n'a pas cessé d'exister, et, nonobstant la force majeure qui en a été la cause primitive, la déclaration de faillite doit s'ensuivre avec report au jour de la mise en demeure, ou plus tôt, si le cas y échet. *Idem juris est*, si j'ai accordé le délai moi-même, avec cette différence toutefois que je suis libre de le renouveler à la demande du débiteur aussi souvent que je le voudrai.

Supposons actuellement que Jacques ne s'est engagé à me faire un navire que si l'Empereur venait à Brest avant le 1er avril, époque qui n'est pas encore arrivée ; ai-je droit de demander sa mise en faillite?

Jacques objecterait, sans doute, que je ne suis pas son créancier; que j'ai seulement l'espoir de le devenir, et que le mettre en faillite sur la poursuite de quelqu'un à qui il ne doit rien, ce serait faussement appliquer l'article 440.

Ce raisonnement est mal fondé.

Je ne suis pas le créancier de Jacques en ce sens que je puisse actuellement rien exiger de lui ; peut-être même ne le pourrai-je à aucune époque. Mais il est conditionnellement mon débiteur, et c'est être créancier que de l'être conditionnellement : *Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quâcumque actione, vel persecutione... sive purè, sive in diem*, vel sub conditione (L. 10, D., *De verb. signif.*). La seule espérance de le devenir un jour par l'effet de mon contrat est une propriété : *Pertinent ad nos etiàm quæ esse possint* (L. 10, *eod.*) ; et j'ai la faculté de faire tous actes conservatoires (1). Or, la mise en faillite est éminemment de leur nombre.

Néanmoins, cette espèce diffère essentiellement de la précédente où ma créance est échue (*cujus dies venit*), et vainement exigée. Ici, je ne puis même pas dire : *dies cessit*. Car rien n'a encore commencé de m'être dû : *tantùm est spes creditum iri*. Cette fois donc, il m'incombe de prouver que Jacques *a cessé ses payements commer-*

(1) C'est sur ce principe, antérieur à tous nos Codes, que sont fondés les art. 2132 et 2125 du Code civil.

ciaux à l'égard de créanciers d'une autre espèce que moi : et le juge sera d'autant plus exigeant sur la preuve, que, nul d'entre eux ne demandant la mise en faillite du débiteur commun, ils sont individuellement censés lui avoir accordé un délai dont, à la vérité, le terme est en leur pouvoir *ut singuli*, mais qui, pendant sa durée, constitue à leur égard une *suspension* de payements tacitement convenue, et non pas la *cessation* de payements proprement dite. Or, je ne puis exercer leur droit personnel de provoquer un jugement déclaratif. Quelle que soit donc la décision du juge, je n'aurai pas à m'en plaindre : *Decoctus quis sit, regula certa in jure non est determinata.* Le seul cas où l'arrêt devrait être cassé est celui où l'on aurait jugé que le caractère conditionnel de ma créance me rend sans qualité. Il y aurait alors violation de l'article 440. Il en est de même quand j'ai une créance dont le terme n'est pas échu.

11.—Toutefois, la déclaration de faillite n'est pas établie dans le seul intérêt des créanciers actuels ou connus. Elle a aussi pour objet d'avertir le public du danger qu'il y aurait à traiter avec un commerçant ruiné, et les créanciers présents peuvent avoir intérêt à ne pas ébruiter sa ruine (C. d'Orléans, 30 mai 1838). Voilà pourquoi la déclaration d'*office* (art. 440).

Mais un juge prudent et expérimenté n'usera de ce pouvoir qu'avec la plus grande circonspection, et seulement dans les cas d'une évidente utilité ; par exemple, s'il est à sa connaissance que le débiteur est dans l'habitude de souscrire et de faire des soumissions et déclarations en douane, opérations qui intéressent l'État et dans lesquelles des cautions interviennent. de contracter des marchés avec des cultivateurs, des chefs d'atelier qui probablement ignorent l'état de ses affaires, de négocier avec des commerçants éloignés ou étrangers, etc...

CHAPITRE DEUXIÈME.

Des choses qui sont nécessaires pour qu'il puisse légalement intervenir un jugement déclaratif de faillite.

SOMMAIRE.

12. — Un débiteur peut être constitué en faillite, soit à la requête d'un ou plusieurs créanciers, ce qui est le cas le plus fréquent, soit sur sa déclaration, soit d'office (article 440 C. comm.). Que la dette ait son origine dans un contrat de vente, ou dans un contrat quelconque, il n'importe. Mais, pour que la faillite existe et produise ses effets légaux, trois choses sont requises. Il faut :

1° Que le débiteur soit commerçant;

2° Que la dette soit commerciale, ou, si la dette est civile, que le poursuivant prouve la cessation de payements commerciaux;

3° Que la poursuite ait lieu devant la juridiction consulaire.

Sans ces trois conditions réunies, dont la seconde est alternative, le jugement déclaratif violerait les art. 437 et 440, ou serait incompétemment rendu.

§ I.

IL FAUT QUE LE DÉBITEUR SOIT COMMERÇANT.

SOMMAIRE.

13. Évidence de cette proposition; cependant le contraire a été jugé; d'où provient cette variation.
14. Les dispositions qui délimitent les actes de commerce et déclarent le commerçant seul passible de l'état de faillite sont des lois organiques du décret de 1791; le Code de commerce de 1807 a tracé la ligne de démarcation de telle sorte qu'aucune confusion n'est plus possible.
15. Il est de principe que toute loi qui se rattache à la loi pénale doit être prise au pied de la lettre.
16. Application de ce principe a déjà été faite à la question : *Jacques est-il commerçant?* application du même principe à la question : *Jacques est-il passible de l'état de faillite?* question intimement liée à la première; examen d'espèces diverses.
17. L'interdiction du commerce à raison de fonctions publiques n'est pas un obstacle à ce que le fonctionnaire qui a fait habituellement le commerce soit déclaré commerçant et en état de faillite.
18. Au point de vue de la mise en faillite, nulle différence entre le majeur commerçant, le mineur et la femme mariée, régulièrement autorisés à faire le commerce.

13. — Il faut que le débiteur soit commerçant.

Cela est de toute évidence, et l'on ne comprend pas

comment une Cour de justice a pu décider le contraire, au mépris de l'art. 437 du Code de 1808, qui le disait en toutes lettres, comme le dit aujourd'hui l'art. 437 du nouveau Code (1).

Mais l'acheteur, ou le vendeur, ou tel autre débiteur, est-il commerçant ou ne l'est-il pas? Cette question, qui, au premier aspect, paraîtrait de pur fait, implique toujours plus ou moins de questions de droit sur lesquelles les auteurs et les tribunaux eux-mêmes ne s'accordent pas. D'où viennent ces incertitudes, ces variations, ces tâtonnements de la jurisprudence et de la doctrine? De ce qu'on a trop souvent méconnu le caractère particulier des lois qui définissent les actes de commerce et la profession de commerçant (art. 632, 633, 638 et 1er Code comm.).

14.—Ils virent de haut, et furent sagement inspirés, les savants auteurs du Code de 1807, quand ils y inscrivirent les dispositions qui délimitent les actes de commerce (2),

(1) C'est cependant ce que fit la Cour de Bruxelles, le 17 avril 1810, plus de deux ans après la promulgation du Code de commerce!

« Considérant, disait la Cour, que, d'après les principes de l'ancienne jurisprudence, tant française que belge, le débiteur non « commercial peut également être en faillite, quoique cet état se « manifeste plus facilement dans un commerçant, principes qui ne « sont pas abolis par les lois nouvelles en ce point. » (V. l'arrêt à sa date, *Journal du Palais*.) En 1851, la loi sur la faillite a été revisée en Belgique. L'art. 437 a été modifié, il est ainsi conçu : « Tout « commerçant qui cesse ses payements et dont le crédit se trouve « ébranlé est en état de faillite. » Par cette nouvelle rédaction, on s'est proposé de ne faire aucune différence entre les dettes civiles et les dettes commerciales. Du reste, quelle que soit la nature de la dette impayée, il est laissé à la prudence des tribunaux d'apprécier l'ensemble de la situation du commerçant dont on provoque la mise en faillite (V. Maertens, p. 96, 97). Cette définition de la faillite ne nous paraît pas conséquente avec la distinction des affaires en civiles et en commerciales, ni avec le double caractère réuni dans la personne du commerçant (V. *infrà*, nos 14, 20).

V. aussi (*infrà*, n° 19) un arrêt de la Cour de Nancy du 29 juillet 1842, où les mêmes principes sont énoncés d'une manière encore plus explicite.

(2) Cette délimitation ne fut, au reste, que l'exécution trop longtemps retardée de la loi des 16-24 août 1790, dans son art. 3 ainsi

spécifient le commerçant, et statuent que le commerçant seul peut être déclaré failli. Ce sont là les lois organiques du célèbre décret de l'Assemblée constituante (2 mars 1791) qui proclama la liberté du commerce et de l'industrie en France. Avant la nouvelle législation, quelle obscurité dans les lois et les règlements, que de contradictions dans la jurisprudence, que de peines imméritées, d'impunités scandaleuses! Il semble que jusqu'alors on n'avait pas su comprendre l'énorme disproportion qui existe entre le tort que peut faire à la société, dans un cercle nécessairement plus ou moins étroit de relations civiles, un simple propriétaire ou consommateur dont les biens ne sont plus de niveau avec ses dettes, et l'affreuse ruine que tel commerçant va semer autour de lui et propager au loin, s'il vient à cesser de remplir ses engagements commerciaux. On le comprit en 1807, et une ligne de démarcation fut tracée (V. t. 1, nos 19 et suiv.).

L'ancienne confusion n'est plus possible. Le Code de commerce, par un procédé fort simple que nous avons décrit, t. 1, *ibid.*, a délimité les actes de commerce, et, en constituant la commercialité, posé les conditions exigées pour imprimer la qualité de commerçant (t. 1, *ibid.*). Les définitions du commerce et du commerçant, œuvre purement humaine, sont capitales, en ce que non-seulement elles créent deux ordres distincts de choses et de personnes, régis chacun par son droit à part, et impliquent deux ordres de juridiction, chacune avec sa compétence distincte (*ibid.*, nos 19 et suiv.), mais encore elles sont le fondement d'un état spécial au commerçant, l'état de faillite, qui a ses règles propres, exceptionnelles même. On comprend dès lors combien il était indispensable, dès le point de départ, de rechercher la nature, le

conçu : « Il sera fait un règlement particulier pour déterminer, « d'une manière précise, *l'étendue et les limites* des affaires de com- « merce. »

Mais cette loi ne s'occupa point de la banqueroute. Il y fut pourvu l'année suivante, et le législateur voulut que les accusations de banqueroute fussent soumises à un *jury spécial.*

caractère et la fin de ces définitions. Elles ne souffrent ni extension judiciaire, ni interprétation doctrinale.

15. — En effet, toute loi qui peut se rattacher à la loi pénale doit, comme on l'a vu t. 1, nos 39 et 40, être prise au pied de la lettre : *uti scripta est lex, ità lex esto.* Et l'on ne saurait trop applaudir au zèle vigilant avec lequel la Cour suprême a toujours réprimé l'infraction de ce principe. Deux fois seulement elle s'en était écartée à son insu (1), en déclarant l'art. 408 du Code pénal applicable à un emprunteur qui avait détourné la chose empruntée. Mais elle ne tarda pas (et rien ne l'honore davantage) à revenir d'une erreur d'autant plus insidieuse qu'elle n'était point dépourvue des apparences de la vérité.

« Attendu, dit la Cour (Sirey, 42, 1, 10), qu'on ne « peut, *par voie d'analogie et d'interprétation de la loi* « *pénale*, atteindre un fait qui n'est pas qualifié délit par « cette loi ; — Attendu qu'il a été constaté, en fait, par le ju- « gement attaqué, que *Marie Savidan* avait reçu les objets « d'habillement par elle détournés, à titre de prêt, pour « les employer à son usage; qu'en déclarant que ce fait ne « constitue pas le délit prévu par l'art. 408 du Code pénal, « ledit jugement a fait une juste application de cet article... « Rejette, etc. »

A coup sûr, il ne se peut pas d'analogie plus intime que celle qui existe entre le détournement d'un dépôt et le détournement d'un prêt à usage. L'obligation de rendre est absolument identique, et, par conséquent, l'obligation de conserver. Il semble même qu'un emprunteur qui joint l'ingratitude à l'infidélité est encore plus odieux que le dépositaire infidèle. Mais qu'importent ces considérations? L'art. 408 du Code pénal ne parle que du dépôt, du louage et du mandat. On ne peut donc l'appliquer à aucun autre contrat.

Le même principe est rigoureusement observé en An-

(1) Arrêt du 4 juin 1839, Sirey, 39, 1, 630. — Arrêt du 24 juin 1840, Sirey, 40, 1, 724.

gleterre. « Sir John Holt, dit Blackstone, prétendait « qu'un homme qui *détournait secrètement ses effets* pour « en empêcher la saisie ne faisait pas un acte de banqueroute; car les statuts ne parlent que de donations « frauduleuses faites à un tiers, ou de l'acte de faire « saisir ses biens par une fausse procédure, afin de frustrer ses créanciers. Cependant cet acte (celui de détourner secrètement ses effets), quoique *d'une fraude* « *palpable*, ne peut être regardé comme un acte de banqueroute, puisqu'il ne peut se rapporter ni à l'un ni « à l'autre des cas. » (Chap. 31 du titre de la banqueroute.) (1).

On doit donc tenir pour certain que, dès qu'une disposition est, dans certains cas, liée au Code pénal (V. t. 1, n°s 39, 40), on n'examine pas ce qu'elle aurait pu ou dû dire; dans une telle loi, *dénommer, c'est exclure.*

16. — Dans l'examen de la question : *Jacques est-il commerçant?* nous avons mis ce principe en action par des exemples. Dans l'examen de cette seconde question, qui se lie intimement à la première : *Jacques est-il passible de l'état de faillite?* le même principe ne reçoit pas une application moins directe, et les mêmes espèces servent à le mettre en lumière. C'est principalement à ce point de vue, et il est le plus important, qu'elle a dû être traitée. Il suffira donc d'ajouter à ces espèces quelques développements complémentaires.

Nous procéderons encore par des exemples.

Après avoir accepté purement et simplement la succession de son père, mort depuis plus d'un an, qui était commerçant, Jacques se livre au commerce. Il en fait sa profession habituelle, et ne laisse en souffrance aucun des engagements qui en sont le résultat. Néanmoins, comme il ne remplit pas les obligations de son père échues depuis le décès, un créancier du défunt provoque une dé-

(1) Voilà ce qu'on peut, à bon droit, appeler *une omission singulière*. Nous ignorons si l'omission est actuellement réparée; mais il n'en est fait mention ni dans le dictionnaire de Mortimer, ni dans le *Lex mercatoria* réimprimé à Londres en 1813.

claration de faillite contre l'héritier lui-même. Sa prétention doit-elle être accueillie?

Il semblerait tout d'abord que Jacques ne puisse échapper à la déclaration de faillite. En effet, par son acceptation pure et simple, il a succédé aux droits passifs du défunt, comme à ses droits actifs: *successit in omne jus quod defunctus habuit;* et les patrimoines s'étant confondus, il est vrai de dire que les dettes du père commerçant sont devenues les dettes du fils commerçant. Par conséquent, tout exact qu'il est à remplir les obligations qu'il a personnellement contractées, il suffit qu'il soit commerçant et qu'il n'acquitte pas les dettes de la succession commerciale, pour que son état doive être le même que celui d'un autre commerçant qui ne satisfait pas à ses engagements commerciaux; que n'opérait-il la séparation des patrimoines en n'acceptant que sous bénéfice d'inventaire la succession du défunt?

Cette argumentation est plus spécieuse que solide. Il est bien vrai que les dettes du père ne cessent pas d'être commerciales dans la personne du fils (art. 426 C. proc. civ.). Mais il ne s'ensuit pas que le fils puisse être déclaré failli. La seule conséquence qui s'ensuive à son égard, c'est qu'il est soumis, comme l'était son auteur lui-même, à la juridiction consulaire. En effet, le commerce du père ne fut pas le commerce du fils; les dettes du commerce du fils ne sont pas les dettes du commerce du père. Or, comme la profession de commerçant est constituée par des actes de commerce personnels à celui qui les exerce, de même la faillite n'est constituée que par la cessation de payements propres au commerce du débiteur. D'un autre côté, les dispositions qui définissent le commerce, le commerçant et la faillite (V. t. 1er, nos 33, 39), ne devant jamais recevoir extension, il s'ensuit que Jacques échappe aux lois de la faillite.

Autre exemple. Jacques a trouvé dans la succession de son père une carrière de moellon ou d'ardoise (V. t. 1er, nos 39. 40, 41); au lieu de l'exploiter par mains, ou de la faire exploiter pour son compte exclusif, Jacques l'a louée à Pierre, et stipulé de lui, pour tenir lieu des loyers,

v. g., un tiers ou une moitié des profits *nets* de l'exploitation annuelle pendant la durée du bail ; puis il laisse protester une lettre de change qu'il avait acceptée. Jacques n'est-il pas, cette fois, commerçant et passible de l'état de faillite?

Il l'est sans nul doute, dit la partie poursuivante; car la convention qu'il a faite ne constitue pas un contrat de louage, mais un contrat de vente et un contrat de société : un contrat de vente, puisque Jacques transmet à Pierre la propriété de l'ardoise ou du moellon qu'il pourra tirer de la carrière, moyennant un prix qui sera annuellement déterminé par le résultat de l'exploitation ; un contrat de société, parce que Jacques participe avec le manufacturier aux pertes possibles et aux profits espérés de la manufacture. Or, s'associer à un commerçant, c'est le devenir soi-même.

L'argumentation est spécieuse ; au premier aspect, elle pourrait séduire. Cependant, on doit décider encore que Jacques ne peut être mis en faillite, et cela par deux raisons : Premièrement, le contrat de Jacques n'est pas plus une vente qu'un bail, ni même qu'une société proprement dite. C'est une association en participation, ou plutôt cette convention comprend, en réalité, autant de participations que le prétendu bail doit durer d'années. Si, dans certaines années ou dans toutes, l'exploitation manufacturière vient en perte sèche, Jacques et le manufacturier perdront, en partie ou en totalité, l'un, son ardoise ou son moellon, matière première et aliment de l'opération commerciale, objet du *pactum conventum ;* l'autre, ses avances et ses peines, et réciproquement quant aux profits. Or, rien n'est plus conforme à la loi des participations (art. 48). Les parties contractantes ont mal nommé leur contrat; mais pas le plus léger doute sur leur commune intention d'établir entre elles les rapports d'association qui le constituent.

En second lieu, il n'est pas vrai, en principe, que l'on devienne commerçant par cela seul qu'on s'associe à un commerçant. La preuve, c'est que le commanditaire, l'actionnaire d'une société anonyme, le croupier, contrac-

tent société, et peuvent, non-seulement n'être pas commerçants, mais encore ne pas faire, ou même ne devoir pas faire un seul acte de commerce. Il en est ainsi du participant. Dans la société collective, au contraire, et seulement dans cette société, les associés deviennent commerçants par le seul fait de leur association, et voici pourquoi : c'est que le commerce de la société est conduit sous le nom social ou collectif, *auctores fiunt*, comme disent les jurisconsultes romains. Or, la personne morale de la société étant accréditée sous la foi singulière et collective des associés, *palàm præponunt*, les engagements sociaux réfléchissent contre chacun d'eux et contre eux tous : *tenentur in solidum* (V. art. 531 C. comm.).

Très-différente est la convention de Jacques. Jacques a bien un intérêt dans le commerce du manufacturier; mais autre chose est d'avoir un intérêt dans le commerce d'un commerçant, autre chose d'associer son nom au nom de ce commerçant lui-même, soit expressément, soit par son implication dans une raison sociale (V. t. 1, n° 81).

Que faut-il décider dans cette autre espèce? Voulant venir au secours de Salomon, son ami, sur le point de manquer, vu les protêts faits contre lui, Jacques, qui n'est pas commerçant, lui prête, pour trois ans, 20,000 fr., sans stipuler d'intérêts. Seulement il est convenu que, si l'emprunteur vient à bonne fortune et fait des bénéfices au bout des trois ans, le prêteur y participera pour un tiers, outre le remboursement de la somme prêtée. Malheureusement la fortune reste contraire, et la faillite de Salomon étant déclarée, ses créanciers prétendent qu'on doit aussi déclarer Jacques en faillite, parce que, suivant eux, le contrat de Jacques est une société déguisée sous l'apparence d'un prêt.

Dans cet état des faits, nous répondons : la prétention des créanciers est de toute injustice.

En effet, comment croire que Jacques, connaissant la position critique de son ami, ait choisi, pour contracter avec lui une société, le moment même où cet ami allait se voir forcé de déposer son bilan?

D'un autre côté, nulle stipulation en faveur de Jacques que pour le seul cas peu probable où Salomon, venant à meilleure fortune, aurait réalisé des bénéfices au bout des trois ans. Mais, dans cette hypothèse, plus de créanciers non payés, et les 20,000 fr. de Jacques auraient contribué à les satisfaire.

Aujourd'hui même, sa convention tourne à leur profit; car, si la faillite ne donne, *v. g.*, que 50 p. 100, Jacques, simple créancier à dividende, y aura laissé 10,000 fr. de son argent, plus les intérêts.

En un mot, la convention de Jacques nous paraît beaucoup moins une spéculation à son profit, qu'un acte aléatoire de bienfaisance, et dans lequel la chance favorable ne domine pas de son côté. Or, sans l'intention de s'associer, on ne fait pas plus un contrat de société, qu'on ne fait un contrat de prêt sans l'intention de prêter.

Accueillir la prétention des créanciers sans égard aux circonstances où la convention a eu lieu, et à l'intention des parties manifestée par ces mêmes circonstances, ce serait défendre à tous d'assister un commerçant malheureux sous peine de compromettre en entier sa propre fortune.

Après tout, quelque opinion qu'on adopte à cet égard (1), toujours est-il certain qu'on ne peut déclarer Jacques en faillite, puisque, dans tous les cas, il n'aurait contracté qu'une simple participation.

Nous avons vu (t. 1, n° 41), qu'on peut avoir longtemps exercé des actes de commerce, sans devoir pour cela être déclaré commerçant, pourvu qu'en exerçant ces actes on n'ait pas eu l'intention de commercer. Abordons un dernier cas, où il faut encore apprécier les actes par l'intention de leur auteur.

(1) Les conventions sans dénomination propre que sanctionne l'art. 1107 du Code civil, et connues dans le droit romain sous la dénomination vague de *contrats innomés*, sont d'un fréquent usage dans le commerce, surtout dans le commerce maritime. Nous en avons parlé t. 2, n° 343, et t. 4, n°s 47, 48. Quant à l'action *præscriptis verbis* qui naissait à Rome de ces contrats, V. M. Bonjean, *Des Act.*, t. 2, § 271.

17. — Le commerce est interdit à certaines personnes, eu égard à la profession qu'elles exercent ou aux fonctions publiques qui leur sont confiées. Nous avons exposé la théorie de ces incapacités (t. 1er, nos 42, 46 et suiv.). Mais on a vu plus d'une fois transgresser la prohibition. Quand ce scandale arrive, il importe peu que la profession de commerçant ait été dissimulée sous les dehors d'une autre profession incompatible de droit avec elle. Peu importe encore que les actes de commerce fussent interdits à celui qui les a exercés. Si, malgré la défense, il en a fait habituellement, *animo lucrandi*, un exercice clandestin, il est devenu commerçant, et, comme tel, il s'est soumis, pour le cas éventuel d'une cessation de payements, aux lois vengeresses *de toute atteinte portée au crédit commercial*, soit par des faits de fraude (V. *infrà*, n° 60), soit par des faits d'inconduite ou de négligence (art. 585, 586), soit même involontairement, *per disgrazia*.

Ces principes sont incontestables, et ce n'est pas là ce qui peut embarrasser. Ce qui fort souvent est très-difficile, c'est la question intentionnelle. On pourrait, à bon droit, dire de l'intention ce que la loi romaine dit du fait : Animi *autem interpretatio prudentissimos fallit*.

Voici une espèce très-réelle qui, croyons-nous, ne paraîtra pas sans intérêt. Nous la rapporterons avec quelque étendue, parce que nous n'en savons aucune plus propre à éclairer le juge dans des circonstances analogues ou semblables.

Au commencement de 1844, Jacques vint à Rennes, en qualité d'*agent comptable des subsistances militaires*. Parmi ses attributions était celle de faire des achats de grains pour l'État. Mais il ne devait acheter *que les quantités prescrites* par les ordres qui lui seraient transmis de l'intendance militaire, *au fur et à mesure que ces ordres lui seraient notifiés*, et aux prix des mercuriales à l'époque que l'administration aurait fixée pour les achats.

Outre les appointements de sa place, et le remboursement de tous les frais accessoires, relatifs aux achats et

livraisons, il lui était alloué vingt centimes par chaque quintal métrique.

Du reste, bien que tous actes de commerce lui fussent expressément interdits, il devait traiter en son propre nom, et stipuler des vendeurs trois mois de terme.

Depuis son installation jusqu'au 12 septembre 1844, deux ordres seulement furent donnés à Jacques, comprenant ensemble 3,000 quintaux métriques ; et pourtant, de juin à septembre, il avait contracté trente-trois marchés, pour la quantité énorme de 7,744 quintaux.

Mais pendant que les ordres, dans l'espoir desquels il avait fait les différents achats, ne lui arrivaient pas, plusieurs marchés étaient venus à échéance, et trois des vendeurs avaient imprudemment livré pour environ 24,000 fr. contre de belles promesses, sur la foi desquelles ils accordèrent un délai dont Jacques profita pour déléguer tout son actif à l'un de ses créanciers.

Justement indignés, les trois vendeurs demandèrent au tribunal de commerce que leur débiteur fût déclaré en état de faillite, et voici le jugement :

« Attendu qu'un agent comptable du service militaire « ne saurait être considéré comme commerçant, et justi- « ciable des tribunaux de commerce, — soit lorsque, se « renfermant dans ses attributions, il se borne à acheter « sur ordre pour le compte et avec les fonds de l'adminis- « tration, puisque alors l'Etat, auquel il *doit* livrer aux « prix mêmes de ses achats, peut être regardé comme « achetant par ses mains ; — soit même lorsqu'il porte « sur ses bulletins d'achats des prix plus élevés que ceux « qu'il a payés, parce que, dans ce cas, il commet une « infidélité, mais ne fait pas un acte de commerce ; mais « qu'il en devrait être autrement si cet agent comptable, « sortant de ses fonctions et des limites tracées par les rè- « glements, avait fait des achats pour son compte per- « sonnel, ou autres actes de commerce ;

« Attendu qu'il est de notoriété et constaté par une « enquête administrative, par le relevé de ses notes, que, « contrairement aux règlements, Jacques a acheté une

« forte quantité de blé en sus des ordres qu'il avait reçus « de l'intendance militaire ;

« Attendu que l'achat de cet excédant n'est autre chose « qu'une spéculation à son profit; qu'acheté par Jacques « avec d'autres fonds que ceux de l'Etat, pour son propre « compte, quoique avec l'intention de le livrer à l'adminis- « tration, non pour le compte et avec l'autorisation, mais « à l'insu de l'administration, qui pouvait refuser de le re- « cevoir, et continuer son approvisionnement par l'entre- « mise d'un autre commissionné, cet excédant pouvait « lui rester, à lui Jacques, qui dès lors eût été forcé de « le revendre à d'autres ;

« Qu'il ne peut plus dire, quant à cet excédant, que « l'administration a acheté par ses mains ;

« Que, du moment qu'il avait excédé ses instructions, « il avait cessé d'être mandataire ou agent comptable, « était devenu acheteur à ses risques et périls; et que, de « l'instant de cet achat jusqu'au moment où il eût reçu « un ordre d'achat suffisant pour le livrer, cet excédant « devait être sa propriété ; que jusque-là il eût péri pour « son compte ; qu'obligé par les règlements à ne pas dé- « passer les prix des mercuriales à l'époque à lui fixée « pour les achats de l'administration, il eût dû subir sur « l'excédant, jusqu'à ces ordres, les variations en hausse « ou en baisse des céréales ;

« Qu'ainsi, en livrant cet excédant à l'administration, « le faisant passer de sa propriété en celle de l'État, il « aurait vendu à l'État, serait devenu à la fois vendeur « et agent comptable, après avoir été acquéreur ;

« Que c'eût été Jacques, propriétaire des blés achetés « pour son compte, qui eût vendu pour son compte à « Jacques, agent comptable, achetant pour l'État ;

« Que, dans la vérité des faits, cette livraison n'eût « été qu'une vente, ou un équivalent à une vente ;

« Que, par conséquent, l'achat de cet excédant pour « le livrer à l'État était un achat pour revendre ;

« Attendu enfin qu'il résulte du relevé de ses achats, « fait par l'administration, que l'excédant de ses achats « de blés, sur les ordres délivrés, n'a pas été acheté en

« bloc, par un seul ou quelques marchés, mais est le ré-« sultat d'achats nombreux et successifs ;

« Que cette suite d'achats, faits avec l'intention de re-« vendre à l'administration, constitue l'habitude des ac-« tes de commerce ;

« Attendu qu'il est notoire que Jacques a cessé ses « payements dès le 1er octobre courant ;

« Par ces motifs, le tribunal, en premier lieu, déclare « Jacques commerçant; en second lieu, le déclare en « état de faillite, et fixe provisoirement l'ouverture de la « faillite au 1er octobre (1). »

On connaît la défense de Jacques par la réfutation que le juge en a faite.

Jacques disait donc : Un agent comptable à qui le commerce est défendu, en même temps qu'il lui est prescrit de traiter en son propre nom, ne fait pas acte de commerce lorsqu'il achète pour son administration. Je ne puis donc être déclaré commerçant.

Le juge répond : Votre défense suppose *à priori* que l'autorisation d'acheter était impliquée *de droit* dans vos fonctions administratives, et cela n'est pas vrai.

Un agent comptable ne peut avoir cette autorisation que par *le fait* d'un mandat *explicite*, dans les bornes duquel il doit toujours se renfermer strictement. Or, jusqu'au mois d'août, vous n'avez eu aucun mandat. Cependant, bien avant cette époque, vous aviez acheté, à plusieurs reprises, d'énormes quantités de grains.

Jacques insiste : En supposant, dit-il, que j'aie agi sans mandat, du moins faut-il reconnaître que j'ai agi comme *negotiorum gestor*. Fonctionnaire prévoyant, j'ai géré l'affaire de l'État dont l'obligation était de nourrir les troupes. Je n'ai donc pas agi pour moi.

(1) Ce jugement fut rendu le 10 octobre 1844, sous la présidence de M. A. Letarouilly, négociant des plus éclairés dans la pratique du commerce et dans le droit commercial.

Le délégataire de Jacques, et Jacques lui-même, y formèrent opposition. Déboutés de cette opposition, ils se pourvurent devant la Cour d'appel de Rennes, qui, par arrêt du 8 février 1845, confirma le jugement et en adopta les motifs. — Point de pourvoi en cassation.

Vous vous trompez encore, répond le juge.

Bien est vrai que l'obligation de l'État était de nourrir les troupes, et, dans certaines circonstances, peut-être tout autre que vous aurait-il pu agir spontanément comme *gérant d'affaires*.

Mais la défense qui vous était faite, à vous personnellement, et qui n'était faite à nul autre, qu'était-ce autre chose que la défense positive de jamais acheter comme *negotiorum gestor* ?

A la bonne heure, continue Jacques : supposons que j'aie violé la défense, en aurai-je moins agi comme *negotiorum gestor* ? Et s'il est vrai, comme on me le dit, qu'il s'agisse ici d'une question intentionnelle, n'est-il pas de toute évidence que mon intention fut toujours d'acheter pour mon administration ? La preuve, c'est que je n'ai jamais revendu à qui que ce soit la plus légère partie des blés achetés sans ordres. Je n'avais même pas de magasin particulier où les déposer.

Double erreur, répond le juge.

D'abord, celui à qui j'ai défendu d'acheter pour moi telle chose sans mon mandat, et qui achète cette chose malgré ma défense, ne peut pas être *censé avoir reçu de moi* le *mandat* fictivement *exprès* dont il est parlé dans l'art. 1372 du Code civil, 2ᵉ alinéa ; cet acheteur n'est donc pas un *negotiorum gestor* dont je puisse être tenu d'approuver l'administration, eût-il *bien administré* (art. 1375 du même Code). Ce n'est pas là *gérer*, c'est s'ingérer, *prendre sur soi une affaire à tous hasards*.

Quant à la question intentionnelle, ne confondons pas. A la vérité, vous avez acheté *pour* l'administration, en ce sens que votre intention était de lui appliquer les blés, s'il vous arrivait des ordres. Je ne vous demande pas à quel cours. Mais, quelque chose qu'il en soit, faire de la sorte une affaire pour l'administration, et faire l'affaire de l'administration, sont deux choses très-différentes. Ce que vous avez fait est le pur agissement d'un *negotiorum susceptor* (V. t. 2, n° 87).

En effet, supposons que sans votre mandat, bien plus, malgré votre défense, mais pour seconder votre solliciti-

tude administrative, et avisé par un de ses amis des bureaux de la guerre que, dans un mois, tel maréchal de France viendrait à Rennes passer la revue de toutes les troupes stationnées en Bretagne, Eustache, votre commis, chargé par vous de parcourir les campagnes à la recherche des détenteurs de céréales, ait eu la fantaisie d'acheter chez les paysans 2,000 quintaux de froment, plus 2,000 quintaux de fèves, et chez les boulangers 1,200 quintaux de son, présumant que vous pourriez en avoir besoin, et les lui commander. Que diriez-vous si, ces marchandises ayant péri, Eustache vous en demandait le prix réclamé de lui par ses vendeurs? Vous diriez qu'Eustache déraisonne, et vous auriez raison ; car, dès que vous n'avez ni approuvé, ni même connu son étrange *susception* d'affaires, il tombe sous le sens que les marchandises étaient sa propriété, et que c'est pour lui qu'elles ont péri.

Eh bien! votre condition par rapport à l'État était précisément la même que celle d'Eustache à votre égard. S'il était votre commis, vous étiez celui de l'État. Comme lui, vous avez acheté sans mandat, et il l'a fait comme vous en violant la défense. Les 7,744 quintaux métriques que vous avez achetés sont donc votre propriété (1).

Or, si vous en étiez le propriétaire, vous n'en pouviez perdre la propriété qu'en la transmettant à autrui par l'effet d'une vente ou de quelque fait équivalent, car, sans doute, n'entendiez-vous pas la donner en pur don. Vous avez donc *acheté pour revendre*, et j'ai le regret de voir que vous l'avez fait assez souvent et assez longtemps *pour constituer une habitude.*

(1) Après avoir compulsé, au greffe de la Cour, les conclusions des parties et les qualités de l'arrêt, nous avons un juste sujet de croire que Jacques n'a rien acheté pour l'exécution des deux ordres reçus en août et en septembre. Il nous a paru que tout avait été acheté d'avance. Voilà pourquoi nous ne distinguons pas entre un excédant sur les quantités prescrites par les deux ordres ci-dessus, et la totalité des achats. Tout était excédant, en ce sens que le tout avait été acheté avant tout ordre.

En tout cas, l'administration ne connaissant pas les achats anticipés que Jacques avait faits, les deux ordres qu'elle a donnés depuis n'ont pu ratifier ces achats à aucune concurrence.

Voilà, en style d'auteur tout autre que celui qui convient à un juge, les prémisses d'où découlait naturellement cette conséquence si bien exprimée dans le jugement consulaire, que si, au mois d'août, Jacques avait reçu des ordres d'achats à la concurrence des achats qu'il avait faits par anticipation, *c'eût été Jacques, propriétaire des blés achetés pour son compte, qui eût vendu pour son compte à Jacques, agent comptable, achetant pour l'État.*

De là au dispositif que l'on vient de lire, il n'y avait qu'un pas;

Et comme la délégation était postérieure au 1er octobre, elle était, *à priori*, frappée de nullité (art. 446).

Mais si Jacques, l'agent comptable, n'eût pas été déclaré commerçant, son état aurait pu être celui d'un débiteur en déconfiture (V. *suprà*, n° 6).

18. — Au point de vue de la mise en faillite, et sous d'autres rapports, il n'existe aucune différence entre un mineur, quel que soit son sexe, régulièrement autorisé à faire le commerce, et la femme mariée exerçant un commerce public avec l'autorisation d'un mari qui en fait un à part ou n'en fait aucun, ni entre cette femme et le mineur, et les commerçants majeurs. L'un et l'autre s'obligent valablement pour faits de commerce, sur tous leurs biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir (article 2092 C. civ.). Ils deviennent, tous deux, à raison de ces faits, justiciables des tribunaux consulaires et contraignables par corps; tous deux peuvent contracter une société, mais uniquement une société commerciale, soit entre eux, soit avec d'autres personnes commerçantes ou non commerçantes; tous deux enfin, s'ils cessent leurs payements, peuvent être déclarés faillis, et encourir les peines de la banqueroute simple ou de la banqueroute frauduleuse. En un mot, en vertu d'une fiction de la loi et quant aux obligations qu'ils contractent par leurs faits de commerce, le mineur commerçant est *réputé majeur*, et la femme marchande publique est *réputée maîtresse de ses droits* (art. 2, 5, 7 C. comm.; 487 C. civ. V. aussi t. 1, nos 60, 61 et suiv.).

§ II.

IL FAUT QUE LA DETTE SOIT COMMERCIALE, OU, SI LA DETTE EST CIVILE, LE POURSUIVANT DOIT PROUVER LA CESSATION DE PAYEMENTS COMMERCIAUX.

SOMMAIRE.

19. Le commerçant qui remplit ses engagements commerciaux, mais qui ne paye pas ses dettes civiles, peut-il être mis en faillite? L'affirmative a été jugée.

20. Réfutation de cette doctrine par ses conséquences, et par l'esprit de la loi des faillites, protectrice du crédit commercial.

21. Pour provoquer la déclaration de faillite, le créancier qui n'est pas commercial doit prouver que son débiteur commerçant a cessé ses payements de commerce.

22. *Quid,* si, sur opposition du débiteur au jugement déclaratif, les créanciers commerciaux affirment tous qu'il lui ont accordé un délai déterminé? On doit distinguer si la concession du délai est antérieure ou postérieure à la requête du créancier civil.

23. Le créancier commercial à terme ou sous condition suspensive n'a pas le droit de demander la mise en faillite du débiteur saisi dans ses meubles, ou immobilièrement pour dettes civiles.

24. Ce qu'il faut pour que la dette soit commerciale; le fait habituel d'acheter des immeubles pour les revendre ne saurait constituer des actes de commerce de nature à motiver une déclaration de faillite.

19. — Il faut que la dette soit commerciale, ou, si la dette est civile, le poursuivant doit prouver la cessation de payements commerciaux.

Sur cette double proposition, il existe un arrêt de la Cour de Nancy, portant, entre autres motifs : « Attendu « qu'aux termes de l'art. 437, tout commerçant qui cesse « ses payements est en état de faillite ; que la loi ne fait au- « cune distinction entre la cessation de payement des « dettes purement civiles et la cessation de payement des « dettes commerciales ; qu'il n'est pas possible d'admettre « qu'un commerçant qui cesserait de payer ses dettes, et « qui, par conséquent, serait en état de déconfiture pa- « tente, pourrait en même temps continuer ses opérations « commerciales, et éviter l'état de faillite en contractant « de nouvelles dettes civiles et en ne les payant pas, pour « faire face d'un autre côté à ses dettes commerciales ; « qu'une telle position anormale ne peut être sanctionnée « par la loi, et qu'ainsi il faut reconnaître que *quiconque* « *exerce la profession de commerçant est tenu de faire* « *honneur à tous ses engagements, quels qu'ils soient,* « *sous peine d'être déclaré en état de faillite* (1). »

20. — Voilà qui est clair. Voyons où cela nous conduira.

Par l'effet d'un partage que j'ai fait avec Jacques, mon cohéritier, je lui suis débiteur d'un retour de lot de 10,000 fr., payables le 1er septembre. Mes fonds étaient faits, et j'allais me libérer, lorsqu'on vient me demander le remboursement de deux lettres de change, de 20,000 fr. chacune, que j'avais tirées et négociées sur deux de mes débiteurs, lesquels, subitement tombés en faillite, n'ont pu faire honneur à leurs acceptations. Ce revers inopiné me force de réunir toutes mes ressources pour sauver l'honneur de ma signature commerciale, premier devoir de tout commerçant qui se respecte. Mais, quant au retour de lot, il m'est impossible de payer à l'échéance, et je demande un délai

(1) C'est précisément la doctrine de l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 17 avril 1810, rapporté *suprà*, n° 13, *in notis* ; et celle que le procureur général Merlin a rétractée après l'avoir soutenue et l'avoir vue condamnée par un arrêt de la Cour de cassation du 21 novembre 1812.

à Jacques, qui, connaissant l'arrêt de Nancy, se montre inexorable, et demande ma mise en faillite.

Supposons-la prononcée; en voici le résultat immédiat, par provision et de plein droit :

A la vérité, je ne crains pas le Code pénal. Mon exactitude et ma probité sont connues de tous. Mais je n'en devrai pas moins abandonner mon siége présidentiel au tribunal de commerce, et la place que j'occupais à la chambre des représentants où m'avait envoyé le suffrage de mes concitoyens. Je ne suis même plus électeur (1). J'ai perdu tous mes droits politiques. Mon excusabilité sera indubitablement proclamée; mais il m'est défendu de me présenter en Bourse (2); je ne pourrai être nommé agent de change ni courtier (3), ni être admis à l'escompte de la Banque de France (4); je ne puis être député de la nation dans les pays étrangers, ni même assister à ses assemblées (5). Je ne puis même pas être admis à ouvrir un spectacle (6)! L'administration de mes biens appartient de plein droit à mes créanciers. Ils les feront vendre; et si, en attendant, j'en conserve la propriété, c'est moins pour en profiter que pour en supporter la perte ou la détérioration, s'ils viennent à périr ou à se détériorer.

En un mot, sous beaucoup de rapports, je suis réputé mort civilement (7). Ajoutez à cela que les effets de la faillite, quant au failli, sont déterminés par des lois *d'ordre public*. Quelque arrangement qu'il fasse avec tous ses créanciers, sans nulle exception ni distinction quant à l'origine des créances, il n'obtiendra pas le rapport du juge-

(1) Loi du 31 mai 1850; décret du 20 vendémiaire an III; constitution du 22 frimaire an VIII.
(2) Art. 614 du Code de commerce.
(3) Art. 83, *ibid.*
(4) Décret du 14 janvier 1808, art. 50.
(5) Ordonnance du 3 mars 1781.
(6) Décret du 8 juin 1806, art. 13.
(7) Che cosa adunque è un fallito? È un uomo, che non è più in commercio... Che perde tutte le sue azioni, e ragioni sopra il proprio patrimonio, onde non può più agire, ne convenire giacchè resta privato di tutti i dritti attivi e passivi. . La ragione si è che il decotto si considera civilmente *come se fosse morto*... (De Jorio, lib. 5, tit. XI).

ment déclaratif. Son malheureux état ne peut cesser que par la réhabilitation. Mais qu'il est difficile d'y parvenir! Cet état lui-même y met presque toujours un obstacle insurmontable (1).

Si un honnête commerçant peut encourir cette longue série d'humiliations et d'excommunications de tous genres, pour n'avoir pas acquitté ponctuellement une dette civile, alors même qu'il en a été empêché par un événement de force majeure (2), il faut convenir que la profession du commerce n'est rien moins qu'attrayante, et qu'un prudent père de famille doit tout faire pour dissuader son fils de s'aventurer jamais sur une mer perfide où le naufrage déshonore.

Cette première réflexion en fait naître une autre :

Un an après ma réhabilitation (car j'ai tout payé; je ne devais qu'à Jacques), je suis évincé de la plus grande partie de mon lot dont il me doit la garantie (art. 884 C. civ.). C'est une affaire de 25,000 fr. pour lesquels j'ai obtenu condamnation. Mais Jacques, qui n'est pas commerçant, a tout dissipé, moins ce qu'il a placé sous le nom de sa femme, prudemment séparée de biens pour cet effet. A la faveur de cette précaution, Jacques vit dans l'opulence sous les yeux de ses nombreux créanciers réduits à la misère; et, continuant de siéger à la chambre des représen-

(1) Quelques auteurs, De Jorio entre autres, réclament contre ces rigueurs qu'ils taxent d'inconséquence et d'injustice. Sans doute, il est peu conséquent de vouloir qu'un failli se réhabilite, et de lui faire une condition à peu près exclusive de tout crédit. Il est pénible surtout d'affliger le malheur et l'innocence. Mais tout cela est l'effet de la nécessité. L'intérêt public exige qu'il soit de religion dans le commerce que le seul fait de laisser en souffrance la signature commerciale, quelle que puisse être la cause qui empêche d'y faire honneur, porte une atteinte à l'honneur du signataire. Si la loi se relâchait à cet égard, elle aurait bientôt détruit ce préjugé salutaire, et les faillites seraient cent fois plus nombreuses. En cette matière, on ne fait pas les lois comme on veut; on les fait comme on peut, *pro figurarum fraudis mutationibus*.

(2) La cessation de payements de la part d'un commerçant le constitue en faillite, quelle qu'en soit la cause, et lors même qu'elle proviendrait *d'un fait de force majeure*, telle que son arrestation par mesure administrative (Cour de cass., 18 mars 1826, *Journal du Palais*).

tants où je fus son collègue, il prépare un projet de loi portant abolition radicale du livre IIe du Code civil. En attendant, il fait des interpellations, des interruptions, des discours sur le libre échange, des discours sur le budget, etc., et M. Dupin s'exténue à le rappeler à l'ordre. Aussi est-il telle combinaison transactionnelle entre certaines fractions de la Chambre, où Jacques, qui a vingt ans de services dans les conspirations, compte arriver, soit au commerce, soit à la marine, peut-être même aux finances, qui seraient encore plus de son goût. Quant à moi, mon unique ressource est de faire ce qu'ont déjà fait une douzaine d'autres créanciers : c'est d'intervenir dans la saisie pratiquée sur la portion saisissable de la fameuse indemnité constitutionnelle, ce qui pourra me donner par jour de 30 à 40 centimes, pendant deux ans, au bout desquels le mandat de l'*honorable* expire.

En voyant les positions si disparates de deux créanciers qui le sont réciproquement l'un de l'autre en vertu du même acte, et en la même qualité, ne pourrait-on pas se demander s'il reste encore dans le beau pays de France quelque notion de cette justice distributive, dont le premier fondement est l'égalité des droits et des devoirs?

Serait-il donc vrai qu'un commerçant ne peut traiter que comme commerçant, en ce sens qu'il se soumet d'avance, de quelque nature que soient ses obligations, à tout ce qu'on peut imaginer de plus redoutable pour lui, l'éventualité d'une mise en faillite?

S'il en doit être ainsi, on ne peut trop se hâter d'abolir la loi des *faillites et banqueroutes*, et de rétablir l'antique législation sous laquelle tous les débiteurs étaient traités de la même manière, commerçants ou non commerçants (V. *suprà*, n° 1). Cela du moins était conforme à l'équité, *æquabile*; l'intérêt social a pu seul motiver une distinction (V. *suprà*, n° 14).

Peut-être auriez-vous raison, dirait la Cour de Nancy, en nous supposant encore sous l'empire de l'ancien Code, dont l'art. 441 portait, en termes exprès, que la cessation de payements ne doit s'entendre que du *refus d'acquitter*

ou de payer des engagements de commerce. Mais la loi de 1838 abolit cette disposition par cela seul qu'elle ne l'a pas reproduite. Il n'y a donc plus à distinguer *entre la cessation de payement des dettes purement civiles et la cessation de payement des dettes commerciales;* un commerçant *doit faire honneur à tous ses engagements, quels qu'ils soient, sous peine d'être déclaré en état de faillite.*

Je réponds, à mon tour : l'ancien Code avait aussi un art. 447 ainsi conçu : *Tous actes ou payements faits en fraude des créanciers sont nuls.* Cette disposition se référait évidemment à l'art. 1167 du Code civil, comme cet article lui-même se réfère à l'édit du Préteur *Quæ in fraudem creditorum*, etc. ; et la loi de 1838 ne la reproduit pas. Qui oserait cependant prétendre que cette prétérition interdit aux créanciers d'attaquer les actes frauduleux faits antérieurement aux temps marqués par les art. 446 et 447 du nouveau Code ? Il est certains principes si universellement reçus et tellement incontestables, que le législateur juge quelquefois inutile de les formuler en lois. Par exemple, le Code civil ne pose pas en principe et ne définit pas le *droit de rétention.* En est-ce moins un droit indubitable ?

Il en faut dire autant, et à plus forte raison, de l'ancien art. 441. Cette disposition avait pour objet d'indiquer à quels signes il fallait reconnaître l'époque de l'*ouverture* d'une faillite, c'est-à-dire, l'époque où le débiteur a cessé de payer. Dans le nouveau système on a tout remis à la discrétion du juge : *Decoctus quis sit, remissum est arbitrio judicis* (Casareg., Disc. 179, n° 91). On n'a pas cru devoir rédiger un texte uniquement pour rappeler les derniers mots de celui qu'on supprimait. On eût mieux fait, nous l'avouons. L'arrêt de la Cour de Nancy en est bien une preuve. Mais enfin, ce n'était pas une nécessité législative.

Car il est de principe, en jurisprudence, que quand deux lois successives ont réglementé une même matière, si la loi postérieure a quelque chose d'obscur ou d'ambigu, on doit l'interpréter par la loi antérieure : *Leges*

posteriores à præcedentibus declarationem recipiunt (1) ; et que, malgré sa généralité, si la dernière loi ne déroge point d'une manière générale ou spéciale à un texte de la loi précédente, ce texte reste en vigueur, à moins qu'il ne soit contraire à un texte de la loi nouvelle, en sorte que les deux textes ne puissent subsister ensemble : *Per legem posteriorem, quamvis generalem, non intelligitur antecedenti legi derogatum, absque mentione derogationis* (2). Or, si la loi de 1838 ne reproduit pas les dernières expressions de l'ancien art. 441, toujours est-il certain qu'elle ne les contredit pas, et qu'elle n'y déroge en aucune manière.

Et comment aurait-elle pu y déroger ? Chaque loi a son but (*propositum*). C'est ce qu'on a nommé *l'esprit* de la loi, *la raison* de la loi. Cela posé, quel a évidemment été l'objet de la nouvelle comme de l'ancienne loi *des faillites ?* L'esprit des deux lois, leur raison, leur but n'ont été et n'ont pu être que d'assurer, autant que possible, le crédit commercial et le bon ordre du commerce. Les deux lois débutent par ce principe fondamental que *le commerçant seul peut faillir*. C'est donc à l'art. 437 qu'il faut demander le sens du mot *créancier* dans l'art. 440. Qu'a fait, au contraire, la Cour de Nancy ? Au lieu de rechercher l'intention du législateur, elle s'est attachée au sens littéral du mot *créancier*, qui est susceptible d'une double acception, créancier *civil*, créancier *commercial*. C'est transporter une loi faite pour un ordre générique de choses dans un ordre de choses spécialement classifiées, moyen toujours immanquable d'arriver à l'erreur et de celle-ci à l'injustice. Doneau nous a signalé ce danger : *Contrà* rationem legis *si præfractè scriptum retineamus, aliud quàm*

(1) Casareg , Disc. 114, n° 7.

Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur (L. 26, D., *De legib.*).

(2) Casareg., Disc. 194, n° 9.

Sed et posteriores leges ad priores pertinent, *nisi contrariæ sint*... (L. 28, D., *De legib.*)... — *Quoniàm eo casu*, dit Faber sur cette loi, (*rationalia*) *cùm simul stare non possint*, potiores sunt illæ quæ sunt posteriores.

quod legislatori propositum est, *id est*, *rem* non æquabilem *servabimus* (*De jur. civ.*, cap. 2, n° 5).

La doctrine contraire n'irait à rien moins qu'à détruire toute l'économie et de la loi des faillites et du Code de commerce lui-même ; car, dans un tel système, quel besoin de mettre à part les affaires du commerce? (V. *suprà*, n°s 14 et suiv.) D'un autre côté, comment se persuader qu'une innovation aussi radicale a pu s'introduire silencieusement dans la loi de 1838? Nul n'y a songé, soit à la Chambre des pairs, soit à la Chambre des députés : *De hoc non cogitatum ; ergò nec lege latum.*

Après cela, il peut paraître inutile d'examiner l'autre motif de la Cour de Nancy. Mais l'objection se réfute en deux mots :

La loi, porte l'arrêt, *ne peut pas sanctionner la position anormale d'un commerçant qui contracte, sans les payer, de nouvelles dettes civiles pour faire face à ses dettes commerciales, et éviter ainsi l'état de faillite.*

Ce raisonnement, spécieux au premier aperçu, est fautif de tous points.

Sans doute, il est très-blâmable, le commerçant qui agit de la sorte, et l'on peut même examiner s'il ne doit pas des dommages et intérêts solidairement avec les complices de son indigne supercherie. Mais, encore une fois, comme le dit Dumoulin, l'intention de la loi est la loi même, *mens est esse legis*. Or, la loi des faillites n'a d'autre intention, d'autre objet que de protéger le crédit commercial, et, dans le cas supposé, *la personne commerçante* ne doit rien. Sa mise en faillite serait donc un effet sans cause, une fausse application de l'art. 437.

Quant au crédit civil, il y est pourvu par les lois civiles. Il y est même aussi pourvu, mais dans une sage mesure, par la loi commerciale. En effet, tout aveu de devoir ou billet souscrit par un commerçant constitue, de sa part, un *acte de commerce* (art. 638), à moins que le contraire ne résulte de l'acte, comme on l'a vu (*suprà*, n° 20), dans l'exemple d'un retour de lot. Tel serait encore le cas où, étant commerçant, je vous aurais souscrit

un billet de 6,000 fr. pour réparation du dommage que mon fils mineur vous a causé dans vos propriétés, ou que cette cause de l'obligation non exprimée dans le billet fût reconnue par vous, ou prouvée de quelque autre manière permise. On voit que le Code de commerce ne se borne pas à protéger le créancier commerçant. Il protége, en même temps, quiconque prête au commerçant, quiconque est censé lui faire crédit à raison de son commerce ; et, par suite, un tel créancier peut agir en vertu de l'art. 440.

Résumé : Pour qu'un débiteur commerçant, *qui continue de remplir ses autres engagements commerciaux*, puisse être mis en faillite à la requête de son créancier unique, *il faut et* il suffit *que la créance impayée soit commerciale.*

21. — *E converso* (et c'est ici notre seconde proposition), à la différence du créancier commercial qui n'a besoin de prouver que le non-payement de sa seule et propre créance, le créancier civil doit prouver que son débiteur commerçant *a cessé ses payements de commerce.* A cette condition *sine quâ non*, il peut aussi provoquer la déclaration de faillite.

Sur ce point de droit, il existe entre quelques auteurs un malentendu qui a droit de surprendre.

Dans son ouvrage sur les faillites (t. 1[er], p. 264), M. Renouard s'exprime en ces termes : « Les auteurs ont « agité la question de savoir si le créancier, pour dette « non commerciale, peut provoquer la déclaration de fail- « lite. Boulay-Paty a soutenu la négative (n[os] 34 et 49). « Je pense, au contraire, avec M. Pardessus (n° 1099), « que tout créancier, quelle que soit l'origine de la dette, « peut faire déclarer la faillite. »

Voici maintenant l'enseignement de M. Pardessus, *loc. cit.* :

« Le défaut de déclaration du débiteur ne pouvant em- « pêcher qu'il ne soit réellement failli, ne prive point ses « créanciers du droit de faire constater ce fait. Cette fa- « culté appartient à tout créancier, sans distinction si la « dette est ou non commerciale. »

Quant à Boulay-Paty : « Nous sommes loin, dit-il, de « penser avec M. Pardessus que tout créancier, *sans « distinction* si la dette est ou non commerciale, puisse « provoquer la déclaration de faillite. Cette déclaration « ne peut avoir lieu que par la cessation de payement de « dettes commerciales. Mais (continue l'auteur), si le « commerçant cessait de payer ses engagements commer- « ciaux ainsi que ses autres dettes civiles, c'est alors qu'il « faut dire que tous les créanciers, *sans distinction*, ont « le droit de faire déclarer la faillite. »

Enfin, M. Massé (t. 3, p. 180) reprend M. Renouard, qui aurait dit (prétend M. Massé) qu'on peut mettre en faillite un commerçant *qui laisse en souffrance des obligations civiles*. Mais, au même endroit, M. Renouard ajoute : *Sans doute, il faudra que la cessation de payements soit générale*. Or, cela ne peut s'entendre que des dettes de toute origine, commerciale ou civile. La preuve, c'est que M. Renouard déclare se ranger à l'avis de M. Pardessus, lequel raisonne évidemment dans le cas d'un débiteur commerçant qui, ayant cessé ses payements commerciaux sans faire sa déclaration au greffe, est poursuivi en déclaration de faillite par un créancier civil.

Qu'enseignent donc tous ces auteurs? Nul d'entre eux n'a prétendu qu'un créancier civil puisse faire déclarer failli son débiteur commerçant par cela seul *qu'il laisse en souffrance des obligations civiles*. Mais ils enseignent unanimement et avec raison que si le débiteur commerçant d'un créancier civil a cessé ses payements commerciaux, ce créancier civil a le droit de requérir en justice la constatation de ce fait.

Ainsi, Boulay-Paty fait dire à M. Pardessus ce que celui-ci n'a pas dit ; M. Renouard a mal saisi ce que dit Boulay-Paty ; M. Massé, ce que dit M. Renouard, et ce dernier professe une erreur qui lui est toute personnelle, lorsqu'il dit, à l'endroit cité, *qu'un créancier commercial ne pourrait pas plus qu'un créancier civil faire mettre en faillite le négociant qui*, en retard avec lui seul, *satisferait à ses autres engagements*. Un créancier commercial le peut ; un créancier civil ne le pourrait pas.

Nous croyons l'avoir démontré *suprà*, n°s 20 et suiv. (1).

En dernière analyse, ces auteurs s'accordent donc tous, un peu sans le savoir, il est vrai, mais enfin tous sont d'accord pour reconnaître au créancier civil le droit de demander en justice la proclamation d'une faillite latente qui existe de fait par la cessation des payements de commerce. Mais le créancier civil ne tire pas ce droit de la nature de son titre, qui en serait plutôt exclusive : il le puise dans son intérêt évident à la conservation du gage commun de toutes les créances indistinctement (art. 2092 C. civ.). Le jugement déclaratif, en effet, influe de diverses manières, principalement aux cas prévus par l'art. 447, tant sur la capacité du failli que sur la position des créanciers, surtout du créancier à terme *dont il rend la créance exigible* (art. 444); et nul n'est plus intéressé que lui à la prompte exécution d'une loi au prescrit de laquelle le failli s'est soustrait en ne faisant pas sa déclaration au greffe. Car il n'est pas sans exemples dans le commerce que des créanciers déjà compromis pour de fortes sommes, en aient avancé de nouvelles au débiteur, et quelquefois de plus fortes, pour le maintenir à flot, et lui conserver un crédit insidieux, à la faveur duquel il pourra, tôt ou tard, substituer à ces habiles prêteurs de malheureux tiers à créances civiles, qui, ne connaissant pas sa détresse, *endosseront* seuls toute la perte, sans qu'il ait rien à craindre de l'art. 437. Ce sont là les plus fines faillites.

22. — Mais *quid juris*, si, sur l'opposition du débiteur

(1) V. à sa date, au *Journal du Palais*, un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1841, chambre civile, au rapport de M. Rupérou et rendu sur les conclusions conformes de M. Hello, avocat général. « Voir dans la pluralité des créances, disait l'avocat général, « une circonstance caractéristique de cet état (la faillite), c'est troubler toute l'économie de la loi. A la vérité, la loi dispose pour le « cas où il y a plusieurs créanciers, parce qu'elle envisage toujours « les cas les plus ordinaires, *quod plerùmque fit*. Mais de cette plu« ralité elle ne fait pas une condition, et c'est précisément parce « que l'arrêt en a fait une condition, qu'il viole l'art. 437. » V. encore, dans le même sens, un arrêt de la même Cour, chambre des requêtes, du 9 août 1849 (*Journ. du Palais*, 1850, vol. 2, p. 439).

au jugement déclaratif, des créanciers commerciaux que nous supposons au nombre de six, affirment avec lui qu'ils sont ses seuls créanciers pour faits de commerce, et qu'ils lui ont accordé un délai, *v. g.*, de trois semaines?

Il faut distinguer :

Si, *v. g.*, les livres du débiteur, régulièrement tenus, établissent la sincérité de l'affirmation, et que la concession du délai soit antérieure à la requête en déclaration de faillite, le juge doit surseoir ; autrement, il y aurait violation du principe érigé en loi par l'art. 1186 du Code civil : *Qui a terme ne doit rien.* Mais le délai accordé dans un temps non suspect par tous les créanciers commerciaux est un délai de faveur, qui s'entend toujours *les choses demeurant en état*, ce qui implique une condition suspensive de l'effet juridique du refus de payement à l'échéance convenue ; sans cela, il y aurait novation. Or, lorsque le débiteur manque à se libérer au terme de faveur, la condition est défaillie, et le créancier civil reprend, à bon droit, les suites de sa requête. Il y a donc, dans le cas proposé, *retardement conventionnel et conditionnel du terme d'exigibilité.*

Que si la concession du délai est postérieure à la requête du créancier civil, le cas est plus embarrassant. D'une part, tout créancier est libre d'accorder un délai en quelque temps que ce soit ; d'un autre côté, le temps est suspect, et le créancier civil semble avoir eu un droit acquis le jour de sa requête. Le juge examinera donc, et prendra conseil des circonstances. Quelque chose qu'il décide eu égard à ces circonstances, il n'aura violé aucune loi : *Decoctus quis sit, remissum est arbitrio judicis.*

Quand de tous les créanciers civils ou commerciaux dont les créances sont échues et exigibles, il n'en est aucun qui poursuive la déclaration de faillite, quel est le caractère de la convention tacite que cette abstention des créanciers d'exercer leur droit, constitue entre eux et le débiteur à qui ils n'ont accordé expressément aucun terme limité? (V. *suprà*, n° 10, *in fine.*)

23. — Mais le créancier commercial à terme ou sous

une condition suspensive d'un débiteur commerçant, n'a pas le droit de provoquer la déclaration de faillite, par cela seul que les créanciers civils de ce même débiteur le poursuivent par saisie immobilière, ou ont fait saisir ses meubles ou même ses marchandises, navires, etc..., pour des créances civiles, en quelque nombre et de quelque importance que soient ces créances. Encore une fois, *il faut que la dette soit commerciale.*

24.—Mais que faut-il pour que la dette soit commerciale? Nous l'avons dit plusieurs fois : *il faut que la dette ait son origine dans un des actes de commerce énumérés aux art.* 632, 633 *et* 638. Nous le répétons à dessein parce que, depuis quelque temps, des tribunaux consulaires ont jugé que le fait habituel, et, par conséquent, multiple d'*acheter des immeubles pour les revendre en détail*, constitue des actes de commerce de nature à motiver une déclaration de faillite. Impossible de se placer plus loin du *propositum* de la loi, et d'en appliquer le texte à plus grand contre-sens. Nous l'avons démontré (t. 1, n°s 33 et 40), et nous n'y reviendrons pas. Rappelons seulement que, si le Code de commerce est Code de commerce, c'est précisément parce qu'il ne règle pas la transmission des immeubles, et que, en exécution de l'art. 3 de la loi du 16-24 août 1790, *il a marqué du sceau commercial les actes qu'il voulait mettre en dehors du Code civil.* Aussi la Cour suprême juge-t-elle que les art. 632 et 633 sont essentiellement *limitatifs* (1), et elle le juge avec raison. En effet, supposons que le jugement déclaratif ait acquis par acquiescement l'autorité de la chose jugée, quel embarras pour le tribunal de commerce!

Sa décision ayant mobilisé les immeubles que le failli avait achetés pour les revendre en détail, la première

(1) Outre l'arrêt du 15 mai 1815, rapporté t. 1, n° 40, V. un autre arrêt du 14 décembre 1849 (*Journal du Palais*), spécialement dans l'espèce qui nous occupe en ce moment. Quant aux auteurs, ils sont unanimes dans le même sens (V. MM. Pardessus, t. 1, n° 8; Vincens, t. 1, p. 123; Merlin, *Q. de droit*, v° *Acte de commerce*, § 5; Delangle, Malpeyre et Jourdain, Bravard-Veyrières, etc.).

difficulté sera de savoir s'il faut y appliquer l'art. 550 qui abolit *le privilége et le droit de revendication établis par l'art. 2012 du Code civil, au profit du vendeur d'effets mobiliers.* Que le juge soit conséquent à son principe, il n'admettra pas le privilége, et alors le crédit foncier est ruiné dans sa base fondamentale; que le privilége soit admis, violation de l'art. 550.

Ce n'est pas tout : que fera-t-on des hypothèques? On ne peut décemment les admettre après avoir écarté le privilége du vendeur, l'hypothèque par excellence, le plus sacré de tous les priviléges. Mais alors, violation des art. 552 et suivants, d'après lesquels le créancier hypothécaire doit être payé sur le prix de la vente de l'immeuble hypothéqué, et ne venir à contribution que dans le cas d'insuffisance.

Et combien d'autres difficultés, d'autres anomalies! Par exemple, quoique l'acheteur de biens-fonds ne les ait achetés que pour les affermer en détail, il faudra bien aussi le déclarer failli. Mais les baux seront-ils maintenus ou résiliés? et si les fermiers ont fait au failli des avances hypothéquées sur leur ferme, leur hypothèque produirait-elle son effet là où le vendeur lui-même perd son privilége?

Par exemple encore, quand le failli a remis en antichrèse une fraction de l'immeuble par lui acheté pour le revendre, cette fraction étant devenue *denrée ou marchandise,* l'antichrèse ne sera plus qu'un gage, et, en cas de contestation, c'est au juge consulaire de prononcer. Mais si, s'osbtinant à penser que des immeubles ne sont que des immeubles, un autre créancier du failli ayant hypothèque sur la même fraction, en poursuit l'expropriation (art. 572) en même temps que s'agite la contestation sur le gage, et que le tribunal civil se déclare compétent, comme il y a toute apparence, voilà ou un conflit de juridictions, ou une contrariété de jugements, les deux pires choses qui puissent arriver aux plaideurs. Ah! que d'Argentré avait raison de dire : Folie est la sagesse qui veut paraître plus sage que la loi: *Stulta videtur sapientia quæ lege vult sapientior videri!*

Sortons au plus vite de ce labyrinthe, et cessons de

poursuivre plus loin cet examen, dont le dernier résultat en matière de faillite serait toujours celui-ci : ou les tribunaux civils font double emploi avec les tribunaux de commerce, ou ceux-ci avec les tribunaux civils. Or, lorsqu'il s'agit de juridictions, il n'y a pas lieu à la règle *utile per inutile non vitiatur*. En cette matière, ce qui est inutile est essentiellement nuisible. Si donc les tribunaux de commerce avaient le droit de reconnaître des achats immobiliers, sous le prétexte que les immeubles auraient été achetés en vue de les revendre en détail, ou d'en louer l'usage de la même manière, il faudrait rendre aux tribunaux civils la connaissance des faillites, comme M. Bedarride le demande, et rétablir la législation sous laquelle tous les débiteurs indistinctement pouvaient être déclarés faillis ou banqueroutiers.

Ce que les tribunaux de commerce ont de mieux à faire, c'est de ne jamais s'écarter des limites de leur compétence, telle qu'elle est réglée limitativement par les art. 632, 633 et 638 du Code.

---

§ III.

IL FAUT QUE LA POURSUITE AIT LIEU DEVANT LA JURIDICTION CONSULAIRE, SPÉCIALEMENT ET SEULE INVESTIE DE LA COMPÉTENCE.

SOMMAIRE.

25. Cette proposition implique deux questions: les tribunaux civils et les tribunaux criminels ont-ils le droit de constater la faillite, en jugeant des procès dont ils se trouvent saisis? nécessité d'examiner les deux questions séparément; raison de la nécessité.

25. — Notre proposition soulève deux questions juridictionnelles fort graves; il s'agit de savoir si les tribunaux civils et les tribunaux criminels peuvent constater la faillite incidemment à des procès dont ils se trouvent saisis.

Au point de vue général, ces deux questions se confondent, puisque l'affirmative de l'une ou de l'autre est également négative de la proposition énoncée; mais les raisons sur lesquelles on prétend fonder la compétence des deux juridictions n'étant pas les mêmes en tous points, il est indispensable d'en faire un examen séparé, et, par suite, de subdiviser le présent paragraphe en deux articles, l'un pour les tribunaux civils, l'autre pour les tribunaux répressifs.

1° Les tribunaux civils ont-ils le droit de constater, incidemment aux litiges dont ils se trouvent saisis, l'existence d'une faillite non déclarée par le tribunal de commerce?

SOMMAIRE.

26. Doctrine de M. Renouard, qui enseigne, conformément à plusieurs arrêts de cassation, que tout tribunal, saisi d'une contestation qui implique le fait de la cessation de payements, a le pouvoir de reconnaître et de constater la faillite.

27. Avant d'examiner les motifs de cette jurisprudence, nécessité de rappeler l'esprit de l'ancien Code de commerce et de la nouvelle loi.

28. *Jure veteri* (ordonnance de 1673), on ne connaissait ni jugement déclaratif, ni banqueroute simple; faillite et banqueroute étaient une seule et même chose; la banqueroute appartenait à toute juridiction de haute justice.

29. Abolition, par l'Assemblée nationale, de la féodalité et de toutes les anciennes juridictions; création des tribunaux de *district*; la faillite resta dans la compétence de ces tribunaux; on ne distinguait pas encore entre la *faillite* et la *déconfiture*; la cessation de payements n'est devenue un *nomen juris mercatorii* que depuis le Code dit de 1808.

30. En 1807, séparation *absolue* des affaires civiles et des affaires commerciales; d'où la conséquence que le commerçant seul peut faillir, et que le tribunal de commerce a seul le pouvoir de déclarer la faillite.

31. En 1838, révision de la loi de 1807; confirmation de la compétence consulaire, pour déclarer la faillite et en fixer l'époque; la déclaration de faillite est un acte de la compétence exclusive des tribunaux de commerce.

32. Examen de l'arrêt rapporté n° 25; son motif fondamental réduit à la forme logique.

33. Réfutation de ce motif; on ne doit pas isoler l'art. 437 de l'art. 440, du Code de commerce; pourquoi.

34. Pour apprécier le second motif de l'arrêt tiré de la prétendue *pleine juridiction* des tribunaux civils, nécessité de quelques notions préliminaires sur les anciennes juridictions.

35. Le commerce, la navigation, l'industrie faisant des progrès, il en naît de nouveaux faits, de nouveaux contrats, de nouvelles relations; nécessité d'y pourvoir par des lois particulières, et création de nouveaux tribunaux.

36. De ces juridictions spéciales, la plus importante fut celle des *juges et consuls des marchands*; l'étendue de leur *détroit* respectif donna lieu à des difficultés; oppositions et résistances des juges ordinaires et seigneuriaux, à tous

les degrés de juridiction et sous toutes les formes; guerre de conflits; arrêt du Conseil de 1670, ordonnance de 1673; une nouvelle source de collisions est la *pleine juridiction* que le juge ordinaire s'arroge pour connaître des affaires commerciales.

37. Les juges seigneuriaux et patrimoniaux avaient une sorte d'excuse pour prétendre à la pleine juridiction; aujourd'hui, un tribunal n'a nul prétexte à une telle entreprise; la plénitude de juridiction n'est plus qu'un effet sans cause et sans nom; en quel sens les tribunaux ont la plénitude de juridiction; sous l'ordonnance de 1673, la compétence des juges-consuls était, comme l'est aujourd'hui celle des tribunaux de commerce, une compétence *ratione materiæ* et exclusive;

38. Conséquences du principe de la Cour de cassation; 1re espèce, où des créanciers poursuivent la déclaration de faillite de la dame Jacques, comme marchande publique, et Jacques, assigné *in solidum*, prétend qu'il n'est pas marié ou que son mariage est nul.

39. 2e espèce, où Salomon assigne Jacques à Quimperlé en dommages-intérêts; intervention de Pierre, de Toulouse, porteur sur Jacques d'un billet à ordre échu; il prétend que Jacques a cessé ses payements commerciaux, et demande sa mise en faillite.

40. Réponse à l'objection tirée de ce que le juge de l'action est le juge de l'exception.

41. Il est de principe que, lorsqu'une attribution est faite à *tel* juge, tout autre juge, fût-il de même ordre, devient incompétent; conséquence de ce principe appliqué au système de la pleine juridiction; ce système est subversif de l'égalité entre les créanciers de la faillite, de l'indivisibilité de l'état de faillite, et de l'indivisibilité de la faillite elle-même; arrêt contraire de la Cour de cassation fondé sur la loi de 1790 non abrogée.

26. — Sans nul doute, nous dit M. Renouard. « La « faillite est un fait qui existe par lui-même, un fait que le « jugement déclaratif constate, mais ne crée pas. Long- « temps avant notre Code, la coutume commerciale, s'at- « tachant au fond des choses plutôt qu'à leur forme ex- « trinsèque, a fait consister la faillite dans la cessation de « payements. Cette solution est conforme à l'esprit géné- « ral de notre droit français, dont la tendance à préférer « une législation d'équité à une législation de formules « est un des caractères éminents et distinctifs. La consti-

« tution judiciaire de la faillite appartient exclusivement « aux tribunaux de commerce. Mais l'existence de la faillite, c'est-à-dire la cessation générale des payements « d'un commerçant, étant un fait, tous tribunaux saisis « d'une contestation où ce fait se trouve impliqué, ont le « pouvoir de le reconnaître, de le constater, et d'en appliquer les conséquences aux litiges desquels ils se trouvent « régulièrement saisis. »

Cette doctrine n'est en quelque sorte que la reproduction des motifs d'un arrêt de rejet, du 13 novembre 1838, ainsi conçus :

« Attendu, dit la Cour de cassation, chambre des requêtes, que le jugement déclaratif de l'ouverture de la « faillite ne crée pas l'état de faillite, mais ne fait que le « proclamer comme nécessairement préexistant; que c'est « le législateur lui-même qui a pris soin de déclarer ce « qui constitue cet état, en statuant par l'art. 437 du « Code de commerce que tout commerçant qui cesse ses « payements est en état de faillite ; que, s'il est vrai que « la juridiction spéciale des tribunaux de commerce soit « seule compétente pour déclarer *l'ouverture* de la faillite « et en fixer l'époque, il est également certain, soit que « cette formalité ait ou n'ait pas été remplie, qu'il appartient aux tribunaux civils, *qui sont investis de la plénitude de la juridiction*, de reconnaître, en jugeant les « procès qui leur sont soumis, si le fait signalé par la loi « comme caractéristique de l'état de faillite du débiteur « commerçant, c'est-à-dire, la cessation de payements, a « ou n'a pas existé, et d'en appliquer les effets légaux aux « contestations qui s'agitent devant eux... Que la loi considère le commerçant comme failli par cela seul qu'il « cesse ses payements, et avant toute déclaration émanée, *soit de lui-même*, soit du tribunal de com« merce (1). »

(1) Cet arrêt, quoique rendu le 13 novembre 1838, a statué sur une cessation de payements qui aurait eu lieu sous le Code de 1808. On verra plus tard que cette remarque a son importance.

Il y a deux autres arrêts de rejet dans le même sens, l'un du 7 mars 1836, l'autre du 8 juin 1837. Mais le plus explicite est celui que l'on vient de transcrire.

27. — Avant d'examiner, à part, chacun des motifs sur lesquels est fondé l'arrêt qu'on vient de lire, reportons-nous un instant au point de vue général d'où nous avons signalé le *propositum* du législateur dans l'ancien Code de commerce et dans la nouvelle loi des faillites et banqueroutes : *Scire leges, non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem* (L. 17, D., *De legib.*).

28. — *Jure veteri* (sous l'ordonnance de 1673), on ne connaissait point de jugement déclaratif. Lorsqu'un marchand était ou se disait dans l'impossibilité de payer, il présentait requête au juge civil, qui permettait d'assigner devant lui tous les créanciers ; et, s'il intervenait un arrangement, cet arrangement, quel qu'il fût, était homologué, *sans préjudice aux créanciers qui se rendront accusateurs, comme de banqueroute frauduleuse, et au procureur du roi à poursuivre extraordinairement et à demander l'apposition du scellé sur les effets de ceux qui se seront absentés*, etc. (Savary, t. 1[er], p. 663). Dans ces temps, *faillite* et *banqueroute* signifiaient une seule et même chose, et Savary s'en plaint avec raison (*ibid.*, p. 655). Toutes les juridictions *ordinaires* en connaissaient. Le seul juge qui fût exclu était précisément le juge de commerce.

On ne distinguait pas non plus entre le malheur et la faute, ni entre la faute et la fraude. Toutes les faillites et banqueroutes étaient ou *innocentes* ou *frauduleuses* (Savary, *ibid.*, p. 19) ; en d'autres termes, on ne connaissait pas notre banqueroute *simple*. Quant à la banqueroute frauduleuse, elle était punie de mort, et la peine pouvait atteindre tous les sujets, commerçants ou non commerçants. Du reste, fort peu de dispositions *pour diminuer la perte des créanciers, et conserver, administrer et liquider les biens qui sont leur gage* (1). On crut ne pouvoir mieux faire que de placer leurs intérêts et le crédit commercial sous la protection du bourreau (2), dont l'office ne pou-

(1) M. Renouard, *Des faillites*, t. 1[er], p. 39.
(2) L'énormité de la peine de mort ne pouvait manquer d'en rendre l'application fort rare.

vait arriver qu'après de longues procédures qui absorbaient l'actif. La procédure en faillite forcément ourdie par les officiers de justice, n'était pas moins ruineuse. Si les biens étaient considérables, surtout en immeubles, les créanciers ne pouvaient guère se flatter que leurs arrière-petits-fils en verraient la liquidation.

Nonobstant la peine de mort, la banqueroute frauduleuse n'était pas un cas royal. Toutes les juridictions royales et toutes les juridictions seigneuriales ayant haute justice, *vocatio, jus gladii*, avaient le droit d'en connaître. On voit que les juges ne manquaient pas aux faillites ou banqueroutes.

Voilà en quel état 1789 trouva les choses.

29. — Presque aussitôt, abolition de la féodalité (1). Un souffle de l'Assemblée nationale réduisit en poudre ce *chêne antique*, dont les sommités touchaient au ciel, et les racines au centre de la terre (Montesq., l. 30, ch. 1).

En 1790, abolition universelle de ces innombrables juridictions patrimoniales qui couvraient et dévoraient la France ; et création des tribunaux de *district*, représentés aujourd'hui par nos *tribunaux d'arrondissement*.

Le but hautement proclamé par la loi fut d'empêcher désormais ce qu'il y a de pire en législation, *la confusion des pouvoirs*.

Il est essentiel de connaître le texte de cette loi fondamentale, et toujours existante, du pouvoir judiciaire :

« Les juges de district connaîtront, en première instance, de toutes les affaires personnelles, réelles et mixtes, en toutes matières, *excepté* seulement celles qui ont été déclarées de la compétence des juges de paix, *les affaires commerciales* dans les districts où il y aura des tribunaux de commerce établis, et le contentieux de la police municipale. »

C'est de ce mot *excepté* que l'on est parti pour dire que les tribunaux de commerce sont des *juridictions exceptionnelles*. Jeu de mots, pur paralogisme ; car, qu'impor-

(1) Dans la nuit mémorable du 4 août.

terait la dénomination? Quelle qu'elle fût ou dût être, en serait-il moins certain que les affaires commerciales sont spécialement et par cela même exclusivement attribuées par la loi aux tribunaux consulaires? L'incompétence des autres juridictions à cet égard est donc une incompétence *ratione materiæ*, c'est-à-dire une incompétence radicale.

Néanmoins la faillite resta toujours dans les attributions des tribunaux de district et des tribunaux qui leur avaient succédé. La raison en est simple : de même qu'on ne distinguait pas entre *faillite* et *banqueroute*, on ne distinguait pas davantage entre *faillite* et *déconfiture*. Dès lors, il était conséquent que la justice civile pût seule en connaître. On a vu plus haut qu'on ne connaissait pas encore les *jugements déclaratifs de faillite*; c'est le débiteur qui la déclarait lui-même par la requête dont il est parlé *suprà*, n° 28 ; et voilà probablement pourquoi M. Renouard a cru pouvoir dire que *longtemps avant notre Code, la coutume commerciale... a fait consister la faillite dans la cessation de payements*. Mais qu'en conclure sous l'empire d'un Code qui veut expressément (art. 440) que la faillite *soit déclarée par jugement*? En outre, il n'y avait pas de coutume commerciale sur la *cessation de payements*, entendue dans le sens de *faillite*; car, comme on vient de le voir (*suprà*, n° 28), tous les débiteurs indistinctement pouvaient être en faillite, tous les juges en connaissaient, moins les juges de commerce. *Cessation de payements* est même une locution inusitée dans le droit français antérieur au Code de 1808, où on l'a lue pour la première fois, et ce Code lui-même l'a prise dans De Jorio, qui dit (t. 3, lib. 5, part. 1, p. 4) : *Il fallimento è in somma* una cessazione di pagamenti. Il n'avait donc pu s'établir à cet égard aucune coutume dans le commerce. Les trois mots étaient français, sans doute, et des auteurs ont pu s'en servir pour exprimer leur pensée. Mais ils ne constituaient pas, comme aujourd'hui, un *nomen juris mercatorii*.

Quant à la banqueroute frauduleuse dont tous débiteurs pouvaient se rendre coupables, quel que fût [illegible] état ou leur profession, elle entra dans le d[illegible]

[illegible] leur
[illegible]maine du

jury, mais d'un *jury spécial*, et le Code pénal de 1791 la punissait de six années de fers.

30.—Arrivons promptement à 1807, et passons sous silence le temps intermédiaire. Ce n'est pas qu'à aucune époque la France ait jamais été aussi féconde en débiteurs insolvables ou ne voulant pas payer. Tout le monde était failli, et faisait banqueroute qui voulait; la banqueroute n'était plus qu'un sujet de plaisanteries; et ce qui prouve que les juges ne s'en occupaient guère, c'est qu'en fouillant les recueils jusqu'en 1808, on trouve à peine trois ou quatre jugements intervenus sur la matière.

En 1807 (1), pour la première fois, séparation *absolue* des affaires civiles et des affaires commerciales.

La délimitation une fois opérée, il était conséquent que le commerçant seul pût faillir; et, comme il ne pouvait faillir désormais que pour dettes commerciales, quoi de plus naturel que de confier aux seuls juges de commerce le pouvoir de déclarer s'il avait ou n'avait pas cessé ses payements commerciaux? C'était, autant que possible et même avantageusement, remplacer le jury spécial institué par la loi de 1791, et supprimé par le Code d'instruction criminelle de 1808. De là l'art. 441 portant : « L'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce : son époque est fixée, soit par la retraite du débiteur, etc... »

A coup sûr, rien ne ressemble moins que ce texte à une attribution exceptionnelle. C'est évidemment, comme on vient de le dire, une attribution spéciale et conséquemment exclusive.

31. — En 1838, révision totale de la loi de 1807. La compétence consulaire est confirmée en ces termes : « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers,

(1) La première loi des *faillites et banqueroutes* est du 12 septembre 1807, promulguée le 22. Elle fait partie du Code devenu exécutoire le 1er janvier de l'année suivante. Voilà pourquoi on dit in-[illegible]emment *le Code de* 1807, *le Code de* 1808.

diffe..

« soit d'*office*. Ce jugement sera exécutoire provisoire-« ment (art. 440). »

Quant à l'époque où la faillite a commencé d'exister, c'est encore le tribunal de commerce qui la détermine, sans que la loi l'astreigne à reconnaître cette existence à tels ou tels signes (art. 440). Tout est donc abandonné à son discernement : *Decoctus quis sit*, et à quo, *remissum est arbitrio judicis* (Casareg., Disc. 179, n° 91). Il n'y a plus d'autre règle.

Mais qu'est-ce qu'un juge qui n'a d'autre règle que sa conscience et son libre arbitre? Un tel juge est évidemment un juré, car le juré est le seul juge dont il soit vrai de dire : *Judex legibus solutus est.*

Et pourquoi cette confiance illimitée du législateur dans le juge consulaire? M. le rapporteur de la loi va nous le dire :

« Le système de la commission ou plutôt du gouverne-« ment, en rédigeant le projet de loi, disait-il à la cham-« bre des députés, en s'expliquant sur l'art. 437, a été « d'exiger, pour constituer la faillite, ce qu'on appelle la « cessation de payements; c'est-à-dire, de ne plus s'atta-« cher à un fait isolé, tel qu'un ou deux protêts, tel même « que la clôture du magasin, qui pourrait tromper sur « l'intention et le sens dans lequel cette circonstance aurait « eu lieu, mais d'exiger un ensemble de circonstances, *et « d'en laisser l'appréciation au tribunal commercial qui, « éclairé par la connaissance et l'habitude des affaires com-« merciales, peut prononcer avec connaissance sur cet en-« semble de circonstances*, etc. » (M. Duvergier, *Coll. des lois*, art. 437, t. de 1838.)

Des motifs aussi sages ne pouvaient manquer leur effet. Les art. 437, 440 et 441 furent votés à une immense majorité.

Ainsi, lorsqu'il déclare la faillite, le tribunal de commerce n'est pas seulement un jury; c'est un *jury spécial.* On a pensé avec raison qu'il faut la science et la pratique du commerce pour pouvoir prononcer, en pleine connaissance de cause, le verdict déclaratif d'un fait *purement commercial* et souvent très-compliqué, la faillite, malheu-

reux état où le commerçant seul peut se trouver, et qui entraîne à son égard des conséquences d'autant plus graves qu'elles ne sont pas toujours entièrement réparables, le jugement fût-il rétracté ou infirmé en définitive. (V. *suprà*, n° 20.)

Après cela, comment révoquer en doute que la déclaration de faillite par jugement soit un acte de la compétence exclusive des tribunaux de commerce? Qui pourrait en douter, surtout en présence de l'art. 635 ainsi conçu : « Les tribunaux de commerce connaîtront *de tout ce qui* « *concerne les faillites*, conformément à ce qui est pres- « crit au livre III du présent Code » ; c'est-à-dire, de toutes les contestations qui naissent de la faillite, et qui n'existeraient point si le juge consulaire ne l'eût pas déclarée, comme il est prescrit par l'art. 440? Le législateur a encore judicieusement pensé qu'on ne pouvait prononcer *avec connaissance* sur les contestations de cette espèce, *sans la connaissance et l'habitude des affaires commerciales.*

Enfin, ce fut toujours par ce motif que le Code de 1808, confirmé en ce point par la loi de 1838, retira aux tribunaux civils l'homologation, le refus d'homologation et l'annulation des concordats, pour en charger exclusivement les juges consulaires; et rien de plus rationnel, de plus conforme aux enseignements de l'expérience : *De pictore, nisi pictor rectè judicat.*

Quant aux juges d'appel, comme ils ne le deviennent ordinairement qu'après un grand nombre d'années de magistrature, et qu'ils connaissent de toutes les affaires commerciales de leur ressort dans les limites de la compétence qui leur est attribuée par l'art. 646, la loi présume qu'ils sont suffisamment instruits des pratiques du commerce et du droit commercial (1).

(1) Nous avons lu quelque part cette petite objection : Dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunaux de commerce, les tribunaux civils connaissent de la faillite et de tout ce qui la concerne. On leur a donc supposé les connaissances nécessaires, et, par conséquent, aux autres tribunaux civils. Nous répondons : S'il est des arrondissements où il n'y a pas de tribunaux de commerce, c'est qu'il ne s'y trouve pas assez de commerçants pour élire des juges

32. — Il n'en faudrait pas davantage, pensons-nous, pour prouver que l'arrêt rapporté *suprà*, n° 26, a méconnu l'esprit de la loi, l'intention du législateur.

En effet, déclarer hautement, dans le sanctuaire même où la loi s'élabore, que l'on confie au juge consulaire la mission d'*apprécier* les diverses circonstances qui constituent la faillite, *parce que l'habitude des affaires commerciales l'éclaire* et le rend apte à *prononcer avec connaissance*, c'est assez dire qu'une confiance ainsi motivée est une confiance exclusive, et que le seul juge qui en soit l'objet a seul aussi compétence. Car, le commerce étant interdit aux juges, nul autre juge que le juge de commerce ne peut ni ne doit avoir l'habitude du commerce. Nul autre juge ne peut donc répondre au vœu de la loi.

Examinons pourtant *singillatim* les considérations sur lesquelles l'arrêt se fonde. En voici, dans la forme logique, le motif fondamental :

qui ne fussent point obligés de se déporter dans presque toutes les affaires. Une exception, et surtout une exception fondée sur la nécessité, n'a jamais fait que confirmer la règle. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les art. 640, 641 du Code de commerce, et 414 du Code de procédure civile.

Au reste, bien avant notre époque, on reconnaissait que les juges et consuls des marchands étaient seuls *idoines* pour connaître de la faillite et de toutes ses conséquences en droit privé. Vers la fin du règne de Louis XIV, le commerce ayant éprouvé une crise analogue à celle qui a suivi 1848, le roi rendit une déclaration (du 10 juin 1715) dont le préambule portait, entre autres choses, que « si la « connaissance des faillites était portée en différentes juridictions, « les conflits, la longueur, l'embarras et les frais des procédures « achèveraient de ruiner les marchands et négocians.... Nous avons « estimé que nous ne pouvions apporter un remède plus efficace « pour ménager également les intérêts des créanciers et des débi- « teurs, que d'attribuer *pendant un temps limité* la connaissance des « procès et différends nés et à naître des faillites .... *à des juges qui* « *par leur profession sont particulièrement instruits des affaires du né-* « *goce*, etc. » En conséquence, les juges et consuls furent exclusivement saisis de la connaissance des faillites et *de toutes les contestations et procédures y relatives* jusqu'au 1er janvier 1716, *sauf l'appel au parlement*. Sept autres déclarations successives maintinrent cet état de choses jusqu'au 1er septembre 1728. Mais impossible d'aller plus loin. Les seigneurs justiciers regardaient ces déclarations comme des attentats à leurs propriétés. Ils invoquèrent à grands cris la maxime féodale : *Non est mittenda falx in messem alienam*, et il fallut céder.

La faillite, *c'est la cessation de payements* ; la loi elle-même a pris soin de le dire (art. 437) ;

Or, la cessation de payements est un fait ;

D'un autre côté, ce fait est nécessairement préexistant au jugement consulaire, qui le proclame, et ne le crée pas ;

Il est donc *certain* que tout tribunal civil, saisi d'une contestation dans laquelle ce fait se trouve incidemment impliqué, a le pouvoir de le reconnaître, etc..., sans que, pour cela, il en résulte la moindre atteinte au pouvoir des tribunaux de commerce, *juridictions spéciales, seules compétentes pour déclarer* l'ouverture *de la faillite, et en fixer* l'époque.

En tout cas, est-ce que les tribunaux civils n'ont pas la *plénitude de la juridiction?*

33. — Malgré notre grand respect pour les décisions de la Cour suprême, qui rarement se trompe, nous sommes forcés de dire que ce raisonnement nous paraît plus subtil que juste. L'*acumen juris* consiste à séparer le sujet de l'attribut dans la définition ou proposition que contient notre art. 437, et qui, en réalité, ne sont qu'une seule et même chose. La preuve, c'est qu'on peut renverser cette proposition ou définition sans qu'elle cesse d'être vraie ; v. g., *l'état de faillite*, dit la Cour suprême, *c'est la cessation de payements* ; *la cessation de payements*, disons-nous, *c'est l'état de faillite.* Les deux propositions sont également vraies. Seulement, ce qui est le sujet dans l'une, devient l'attribut dans l'autre, et réciproquement ; là est toute la différence, et ce n'en est pas une.

Or, et la Cour le reconnaît elle-même, *la juridiction spéciale des tribunaux de commerce est seule compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite, et en fixer l'époque.*

Donc, faillite et cessation de payements étant *quid unum et idem*, la même juridiction est seule compétente pour déclarer la cessation de payements ouverte, et pour fixer l'époque de son ouverture.

Donc les tribunaux civils ne peuvent pas plus constater

la cessation de payements, que déclarer la faillite, ni déclarer la faillite, que constater la cessation de payements.

Le peuvent-ils en vertu de la *plénitude de juridiction* dont l'arrêt les déclare investis? Nous verrons tout à l'heure.

Mais fonder un argument sur une prétendue distinction entre l'*ouverture* et l'*existence* de la faillite, c'est encore un *acumen juris* qui n'arrive pas à notre intelligence. Comment, en effet, déclarer qu'une faillite est ouverte, *patefacta* (1), sans juger en même temps, au moins d'une manière implicite, que cette faillite existe?

Dire que la cessation de payements est un fait nécessairement préexistant au jugement déclaratif de la faillite, c'est dire quelque chose qui, à notre avis, ne conclut à rien; car, en cette matière, comme en toute autre matière, le fait déclaré préexiste toujours au jugement qui en déclare l'existence. Ce qui était à prouver, c'est que la cessation de payements *préexiste à l'état de faillite*, c'est-à-dire qu'il est un temps, ou même, si l'on veut, un éclair de temps, un instant de raison, où un commerçant peut avoir *cessé de payer* et n'être pas encore *en état de faillite*. Mais cela est de toute impossibilité. L'état de faillite et la cessation de payements étant deux choses coessentielles ou plutôt n'étant qu'une même chose, elles naissent ensemble et ne peuvent naître qu'ensemble. Sans doute le jugement déclaratif, qui vient *nécessairement* après, *ne crée pas* ces choses ou cette chose; il en est seulement la constatation authentique. Mais qui la loi charge-t-elle de cette constatation? Le juge de commerce, uniquement ce juge.

Enfin, isoler l'art. 437 de l'art. 440, c'est décapiter la loi. La logique exigeait, en effet, qu'en chargeant le juge consulaire de déclarer la faillite (art. 440), la loi com-

(1) La loi de 1838 a prudemment supprimé le mot *ouverture* que chacun s'expliquait à sa manière, et dont nous croyons exprimer le vrai sens par le latin *patefacta*. Le législateur de 1807 voulut faire entendre que la faillite, déjà existante à l'état occulte, existerait *aperté* par la proclamation de son existence; distinction vraie, mais futile et plus qu'inutile, puisqu'elle a donné lieu à beaucoup de méprises.

mençât par lui dire en quoi la faillite consiste, et c'est ce qu'a fait l'art. 437. Les deux dispositions se lient indissolublement. Vouloir les séparer, c'est contrevenir à ce grand précepte de prudence judiciaire ; *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ*, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, *judicare.....* (L. 24, D., *De leg.*).

34. — Reste la *plénitude de la juridiction.*

Pour bien apprécier ce motif, quelques notions préliminaires sont indispensables, parce que, n'y ayant pas de loi qui définisse une plénitude de juridiction qu'aucune loi ne constitue, on ne comprendrait pas en quoi la Cour suprême veut la faire consister aujourd'hui, sans savoir ce qui la constituait dans l'ancien régime sous lequel elle existait.

En remontant aux derniers temps de la première race de nos rois, et au commencement de la seconde race, on voit que la pleine juridiction n'était, le plus souvent, que le droit de la force exercé sur leurs vassaux par des comtes et des seigneurs qui avaient secoué le joug de la suprématie royale. A cette anarchie succéda, mais lentement, un meilleur ordre de choses. Le roi ayant peu à peu repris assez d'autorité, sinon pour anéantir, du moins pour abaisser la puissance des grands, il se déclara chef de la justice. Dès lors, il eut, au suprême degré, le pouvoir de juger, entre toutes personnes, toutes sortes de contestations quel qu'en fût l'objet, et il avait, en outre, le pouvoir exécutif. Il réunissait donc le droit de faire comparaître devant lui, *vocatio*, d'instruire ou de faire instruire, *notio*, de rendre le jugement, *judicium*, et de le faire exécuter, *executio*. Or, tels étaient les éléments essentiels et caractéristiques de la *pleine juridiction*. Personne n'ignore que saint Louis et d'autres anciens rois de France l'ont personnellement exercée en plusieurs occasions, dont quelques-unes mémorables. Mais, après en avoir abdiqué, par la force des choses, l'exercice personnel (car comment suffire à tout juger!), ils la concédèrent gratuitement pour être exercée dans un certain *détroit* (districtus) qu'on nommait territoire, à un grand nombre de seigneurs au pa-

trimoine desquels elle accédait, et la déléguèrent, toujours dans les limites d'un territoire déterminé, à des juges royaux qui achetaient à prix d'argent le droit de l'exercer, et pouvaient le revendre, avec l'agrément du prince, comme font aujourd'hui les notaires, greffiers, etc. Par rapport à ces juges investis de la pleine juridiction, *territoire* ne signifiait pas seulement la circonscription territoriale ; il signifiait aussi *jus terrendi* (1), c'est-à-dire, le pouvoir d'inspirer aux justiciables une terreur salutaire par le droit de les faire exécuter dans leurs biens, et, selon les cas, d'emprisonner leurs personnes(*executio*), pour les contraindre à l'obéissance que tous doivent à la loi.

Il existait encore d'innombrables justices seigneuriales auxquelles le roi avait communiqué la juridiction avec plus ou moins d'étendue, et ce fut l'origine des différents degrés de juridiction, matière anciennement fort abstruse dont nous n'avons pas heureusement à nous occuper, puisque les seigneurs de ces justices n'avaient pas la plénitude de la juridiction. Mais leurs juridictions n'en étant pas moins patrimoniales, ils pouvaient les aliéner aussi librement que leurs autres biens, sans l'attache du roi, avec le droit pour l'acheteur, ou pour le successeur à quelque autre titre, de donner des juges, *sponte suâ*, aux justiciables.

Enfin, au-dessus de toutes ces justices royales ou seigneuriales dominait la grande justice des parlements, qui, comme les juges royaux, tenaient leur office à prix d'argent du *seigneur roi*, et dont la souveraine autorité s'étendait, pour les affaires où il y avait appel devant eux ou qu'ils pouvaient évoquer, sur toute la circonscription de leur ressort respectif.

35.— Mais, à mesure que le commerce, la navigation, les sciences, l'industrie et les arts progressaient avec le temps qui jamais ne s'arrête, il en naissait successivement

(1) *Territorium est universitas agrorum intrà fines cujusque civitatis, quod ab eo dictum quidam aiunt, quòd magistratus ejus loci intrà eos fines terrendi, id est, summovendi jus habet.*

de nouveaux faits, de nouveaux contrats, en un mot, de nouvelles relations sociales qui n'avaient pu être l'objet de la prévoyance législative. Il fallut y suppléer par des lois particulières, et l'on pensa que des hommes habitués aux affaires dont ces lois devenaient la règle, jugeraient les litiges qui ne pouvaient manquer d'en surgir, en plus grande connaissance de cause que les juges royaux et les juges seigneuriaux, étrangers, par état, à ces mêmes habitudes, et qui, sans en excepter ceux qui avaient l'omnicompétence, ne pouvaient pas être doués de l'omniscience.

L'on créa donc quelques nouveaux tribunaux en vue des nouveaux besoins auxquels la législation existante n'avait pu pourvoir. Leur compétence fut limitée aux seules affaires dont le jugement leur était commis par une loi expresse; et, comme il faut de nouvelles qualifications pour distinguer les nouvelles créations des anciennes, tous les tribunaux se trouvèrent divisés en deux grandes catégories, tribunaux *ordinaires* et tribunaux *extraordinaires.*

36. — De toutes ces spécialités juridiques, la plus utile et la plus importante était, sans contredit, celle des *juges et consuls des marchands*. Jusqu'où s'étendait le périmètre territorial ou *détroit* respectif de ces juges et consuls? C'est ce qui, plus tard, donna lieu à bien des difficultés. Mais, dès le principe, il était certain qu'ils n'avaient pas le territoire, *jus terrendi*, ni conséquemment l'exécution de leurs sentences. Cet acte de souveraineté ne pouvait être exercé que par des juges auxquels le roi avait communiqué sa pleine juridiction, et les juges de commerce n'en avaient, à bien dire, que le *judicium*.

Néanmoins, à mesure que ces modestes tribunaux, qui jugeaient *gratuitement et sans procédures*, entraient en exercice, les juges ordinaires et les seigneurs s'indignaient et criaient au scandale. Bientôt les oppositions, les protestations, les résistances éclatèrent de tous côtés, à tous les degrés de la juridiction et sous toutes les formes. Tantôt on punit d'amende et d'emprisonnement l'huissier ou

le sergent qui avait assigné devant les juges *intrus;* tantôt on inflige les mêmes peines à sa partie requérante. Ici, on veut que le consul ne puisse être saisi que sur une humble requête octroyée par le juge ordinaire ; là, on sévit arbitrairement contre ceux qui exécutent la sentence. Ailleurs, on empêche de l'exécuter ou on en arrête l'exécution, en élargissant les débiteurs que le consul a condamnés par corps; et, pour comble d'outrages, on vit des procureurs disputer publiquement le pas à la magistrature consulaire, qui leur semblait peu digne de leur respect, apparemment parce qu'elle jugeait *sans épices et sans procédures!* Il est curieux d'entendre le vieux Toubeau raconter, à sa manière, ces insurrections féodales et juridictionnelles contre l'autorité du roi. Mais il ne faut pas trop s'étonner de ces désobéissances. Très-blâmables, sans doute, elles ne manquaient pas de tout motif.

Car les juridictions étant toutes ou patrimoniales ou vénales, les émoluments de la justice constituaient, au sentiment de tous, le revenu naturel de ce genre de propriétés. Cela est si vrai que, si un justiciable se permettait de plaider dans un autre *détroit*, son juge royal ou seigneurial pouvait le revendiquer à aussi bon droit qu'un seigneur à moulin banal revendiquait ses *moutaux* (1), ou qu'on revendique aujourd'hui un mérinos passé d'un troupeau dans un autre. Or, protecteur suprême de toutes les propriétés, le roi ne devait enlever son patrimoine à personne ; et, comme la revendication avait lieu, soit que le *sujet* fût demandeur, soit qu'il fût défendeur, il en résultait, avec des conflits sans nombre, des procédures inextricables et ruineuses (V. *Nouveau Denisart*, v° *Conflit*).

Enfin, grâce à la persévérance du roi dans sa volonté, et plus encore à la sagesse de presque tous les Parlements (car, à ces époques, l'autorité royale était mal obéie), les

(1) Les moulins banaux étaient ceux *ès-quels les sujets étaient tenus d'aller moudre*, et, en Basse-Bretagne, on appelait *moutaux* les hommes du fief soumis à cette obligation. — Il en était ainsi de l'obligation d'*aller cuire*, et nous avons encore à Rennes la rue du *Four-du-Chapitre*.

résistances ouvertes cessèrent, et l'on put croire un moment que les juges-consuls allaient paisiblement exercer leur juridiction paternelle. Mais, presque aussitôt, nouvelles difficultés.

L'ordonnance de Blois, de 1588, n'ayant textuellement établi la juridiction consulaire qu'*ès principales villes et capitales des provinces*, juges ordinaires, hauts-justiciers et autres prétendent la renfermer dans l'enceinte des villes de leur établissement. Ils retiennent donc, chacun dans son *détroit*, les causes de marchands à marchands, et veulent s'arroger le droit de les juger *consulairement*, mais néanmoins *non gratuitement*. Par suite des nouveaux conflits que ces prétentions suscitèrent, le cours de la justice s'arrêta tout à coup sur divers points du royaume.

Par arrêt du conseil (7 juin 1670), il fut statué que le juge-consul pouvait connaître des affaires commerciales, non-seulement dans la ville où sa juridiction était établie, mais encore dans tout le territoire ou ressort des juridictions ordinaires ; et, moins de trois ans plus tard, paraissait l'ordonnance de 1673 (7 mars) qui, dans son titre XII, désigna les matières dont le juge de commerce aurait à connaître. Malheureusement sa prévoyance ne s'étendit pas assez loin. On ne résista plus, il est vrai, d'une manière ouverte ; mais la source des abus et des collisions n'était pas tarie, nous voulons dire, la vénalité des juridictions, ou leur nature patrimoniale. On ne perd jamais qu'à regret. Les juges ordinaires, qu'une nouvelle législation privait, en partie, du rendement accoutumé de leurs offices, s'ingénièrent donc à trouver dans leur *pleine juridiction* de nouveaux moyens pour s'arroger la connaissance des affaires commerciales ; et l'on pense bien qu'ils ne furent pas mal secondés par les officiers ministériels, non moins sensibles à la diminution de leurs émoluments.

Un certain nombre de jurisconsultes condamnaient ces prétentions ; d'autres, plus nombreux, les approuvaient, en y rattachant surtout la faveur due à la propriété.

Mais tous n'en reconnaissaient pas moins que l'incompétence, à raison de la matière, était une incompétence absolue qui rendait nul tout ce que le juge incompétent se permettait de faire, alors même qu'il le faisait du consentement de toutes les parties. La doctrine, en ce point, se formulait ainsi : « L'incompétence matérielle, dit Po-« thier (*Procédure civile*, chap. 2, § 2), a lieu lorsqu'un « juge connaît d'une matière *attribuée à un autre juge*, « comme si un official connaît d'une chose profane entre « laïques, un tribunal subalterne, d'une question réservée « aux juges ordinaires, *et réciproquement* (1). »

37. — Qu'on n'essaye donc plus de masquer l'incompétence absolue des tribunaux civils en matière commerciale, sous le prestige d'une prétendue *plénitude de juridiction* dont le législateur de 1790 prononça pour toujours l'abolition radicale, en même temps que l'abolition de la féodalité et de la vénalité des offices de juridiction, triple abolition sans laquelle la révolution eût expiré au berceau. Après l'ordonnance de 1673, les juges seigneuriaux et les juges patrimoniaux cessèrent eux-mêmes d'y prétendre; il y avait alors un roi, Louis XIV! Seulement, ils s'efforçaient d'en récupérer les profits, autant que possible, par des moyens détournés et précisément les mêmes à la faveur desquels nos tribunaux civils se l'arrogent aujourd'hui. Ceux-là du moins avaient une sorte d'excuse dans l'atteinte portée à leur propriété (2). Mais, de nos jours, quel prétexte à de telles entreprises? Lorsqu'un tribunal civil connaît des affaires de commerce, il n'a ni ne peut avoir pour motif aucun intérêt personnel à juger. Toute sa prétention se limite au pouvoir facultatif de le faire ou de ne pas le faire. Or, si ce n'est pas là l'effet d'une volonté sans règle et sans aucune utilité publique (on le verra bientôt), ce n'est et ce ne peut être qu'un effet sans cause

(1) Le mot *subalterne* ne s'entend pas, en cet endroit, des degrés de juridiction. Il désigne les tribunaux *spéciaux* par opposition aux juges qu'on appelait alors *ordinaires*.

(2) Propriété étrange, il est vrai, que le droit de juger les hommes! Mais, enfin, eu égard aux temps, c'en était une comme une autre.

et sans nom ; car, depuis le jour où l'Assemblée constituante posa les bases du nouveau pouvoir judiciaire en France, les mots *plénitude de la juridiction*, que nul n'a jamais lus dans une loi postérieure à notre régénération politique de 1789, ne sont plus parmi nous qu'une dénomination historique.

Or, le titre XII de l'ordonnance de 1673 étant essentiellement une loi d'*attribution*, la compétence faite aux juges-consuls était anciennement, comme l'est aujourd'hui la compétence faite aux tribunaux de commerce, une compétence *ratione materiæ* qui exclut celle de tous autres juges ; ou plutôt, comme le dit M. Massé (t. 3, n° 215), les tribunaux civils, consulaires et administratifs « ont la « plénitude de juridiction dans les matières qui leur sont « attribuées, en ce sens que *ni les uns ni les autres*, « *maîtres et souverains dans leurs limites*, *ne peuvent* « *empiéter sur leurs attributions respectives*. »

La doctrine que M. Massé résume en termes si clairs et pourtant si concis après en avoir démontré la vérité, est aussi enseignée par beaucoup d'autres auteurs (1) au nombre desquels M. Victor Foucher (2). Mais, après les avoir tous indiqués nominativement, le *Répertoire méthod. et alph. de législation* (3) n'en persiste pas moins à défendre le système inverse, et la conviction du rédacteur de l'article que l'on vient d'indiquer *in notis*, est sans doute irrévocablement arrêtée, à cet égard, puisqu'elle n'a pas cédé à la savante dissertation de M. Victor Foucher, laquelle est, à notre jugement, un modèle en ce genre. Il nous paraît, en effet, fort difficile de dire aussi bien, et tout à fait impossible de mieux démontrer. L'étendue de notre sujet ne nous permet pas de transcrire dans son entier ce que dit le *Répertoire* pour réfuter les auteurs dont on vient de voir la nomenclature. Bornons-

(1) MM. Boncenne, *Théorie de la Proc.*, t. 1, p. 330 ; La Ferrière, *Histoire du Droit français*, t. 2, p. 60 ; Nodière, t. 1, p. 139 ; Carou, *De la Jurid. civ. des Justices de paix*, t. 1, p. 41 ; Beneck, *Traité des Justices de paix et des Tribunaux civils*, etc...

(2) *Commentaire des lois des 26 mai et 11 avril 1838*, p. 23 et suiv.

(3) V° *Compétence des Justices de paix*, n° 216.

nous à signaler les deux principales erreurs qui servent de base à toute cette réfutation :

En premier lieu, de ce que le législateur qui a spécifié les affaires dont les tribunaux de commerce auraient à connaître n'a pas spécifié celles dont pourraient connaître les tribunaux civils, le *Répertoire* conclut que les tribunaux civils ont le droit de juger les affaires commerciales, parce que ces affaires ne sont qu'un démembrement de leur pleine juridiction ou compétence universelle ; en sorte qu'il n'y aurait plus, pour les tribunaux civils, d'incompétence *ratione materiæ*. Mais, nous n'hésitons pas à le dire, c'est tout le contraire qu'il en fallait conclure. Nous l'avons prouvé d'avance (*suprà*, nos 14 et suiv.).

En second lieu, et c'est ici l'erreur capitale, la source première de toutes les autres erreurs enseignées en cette matière dans le *Répertoire*, c'est qu'il prête à la loi de 1790 l'intention de se conformer, autant que possible, *à l'ancien état des choses*, c'est-à-dire, à l'ancienne organisation juridictionnelle. Cependant, s'il est une vérité historique qu'il ne soit pas permis de révoquer en doute, c'est que, loin de vouloir disposer *conformément à l'ancien état des choses*, l'Assemblée constituante voulut en effacer jusqu'aux derniers vestiges par l'abolition de toutes ces justices vénales, féodales et patrimoniales à *pleine juridiction* et autres qui, comme nous l'avons dit ailleurs après M. Henrion de Pansey, couvraient et dévoraient la France.

Si nous n'avons pas invoqué plus tôt l'opinion de ce savant magistrat, c'est que, dans son *Traité de la compétence des juges de paix*, il s'était exprimé ainsi en parlant du tribunal civil, qu'il qualifie de juge *ordinaire* : « Juge « naturel et universel de son territoire, *il connaîtrait légalement d'une affaire de commerce* et de toute autre attri« buée aux tribunaux *extraordinaires*, qui serait portée « devant lui, *et dont le renvoi ne lui serait pas demandé*. » Selon cette doctrine, le juge civil ne connaîtrait pas d'incompétence *ratione materiæ*. Cependant, tenu d'obtempérer au déclinatoire *ratione loci vel personarum*, il n'au rait qu'une juridiction semi-pleine, et ce n'est pas ainsi

que l'entend le *Répertoire*. Mais dans le traité de l'*Autorité judiciaire en France* (t. 1, chap. 20), ouvrage qui nous a été d'un grand secours, on peut voir une doctrine fondée, comme la nôtre, sur l'esprit et le texte de la loi de 1790. Or, ce bel ouvrage n'a paru que plus de cinq ans après l'autre. L'auteur se rétracte, il est vrai, par des expressions légèrement dubitatives, comme quelqu'un qui a fait fausse route et s'est engagé dans une voie *undè pedem referre pudor vetat, aut operis lex*. Mais la rétractation n'en a que plus d'autorité, et elle est si diaphane qu'il n'y a point à s'y tromper.

Le principe enseigné par M. Massé, M. Victor Foucher, M. La Ferrière et par les autres savants jurisconsultes que nous avons indiqués, est donc le seul principe vrai. Voyons maintenant quelles seraient les conséquences du principe contraire, par des applications de ce principe à notre objet spécial, *la déclaration de faillite*. La pierre de touche d'une théorie, c'est la mise en pratique.

38. — Des créanciers de la dame Jacques qu'ils qualifient de marchande publique, et qui, suivant eux, a cessé ses payements, poursuivent une déclaration de faillite contre leur débitrice, à laquelle ils connaissent des propres immobiliers dont la vente suffirait à les désintéresser tous. Mais cette dame allègue que, commune en biens, elle *n'a fait que détailler les marchandises du commerce de son mari* (art. 5), et que, si quelqu'un doit être mis en faillite, ce n'est pas elle. Jacques, assigné comme tenu *in solidum* des dettes du commerce de sa femme, en qualité de chef et maître absolu de la communauté, soutient, de son côté, contre l'affirmation de sa femme ou soi-disant femme, et contre la prétention des créanciers, qu'il n'est pas marié, ou que son mariage est nul. Voilà bien une question éminemment *préjudicielle*; car, s'il n'y a pas de mari, à coup sûr n'y aura-t-il pas eu de consentement marital ni de communauté conjugale (même art. 5). Or, la question de savoir s'il y a mariage ou si le mariage est valide est une question civile qui n'entre pas dans le domaine du tribunal consulaire.

Que fera donc ce tribunal? Il tardera de dire droit sur l'état commercial que les créanciers poursuivants attribuent à la dame Jacques, et délaissera les parties à se pourvoir comme elles verront bon être, réservant de statuer ce qu'il sera vu appartenir sur la requête en déclaration de faillite, quand la question d'état civil aura été vidée par le juge qui en doit connaître.

39. — Salomon, propriétaire à Quimperlé, a fait citer Jacques, propriétaire à Toulouse, pour s'entendre condamner au payement des 10,000 fr. stipulés payables au domicile du créancier, par une transaction sur des dommages-intérêts résultant de ce que Jacques lui aurait, par imprudence, fait une blessure grave. Pierre, commerçant de Toulouse, et portant sur le même Jacques un billet à ordre de 20,000 fr., récemment échu et protesté à l'échéance, intervient et s'oppose à ce qu'aucun jugement ne soit rendu au profit de Salomon, parce que, prétend-il, Jacques a cessé ses payements commerciaux, et qu'il ne serait pas juste de donner à Salomon le moyen de rendre sa condition meilleure que celle des autres créanciers chirographaires, en procédant par voie d'exécution sur les biens mobiliers du débiteur commun, et en prenant des hypothèques sur ses biens immobiliers : Pierre conclut donc à ce qu'il plaise au tribunal déclarer Jacques en faillite. En réponse à ces conclusions, Jacques maintient qu'il ne fut jamais commerçant. Les nombreux actes de commerce faits par moi, poursuit-il, et que j'avoue avoir exercés, je ne les ai pas faits *animo mercandi*, mais uniquement pour liquider la succession de mon père, décédé commerçant.

Quant à Salomon, il déclare persister dans sa demande, après avoir présenté à Pierre l'objection suivante, laquelle a bien son mérite : Comment se fait-il qu'habitant à Toulouse, où Jacques est domicilié, vous traversiez la France pour venir demander contre lui aux juges civils de Quimperlé, dont je conteste et décline la compétence commerciale, une déclaration de faillite que vous pouviez poursuivre à beaucoup moins de frais et sans perte de

temps, devant les juges consulaires de son domicile et du vôtre? Rien n'est plus propre à faire croire que Jacques répudie à bon droit la qualification de commerçant.

Au milieu de ces maintiens et de ces prétentions contraires, que fera le juge de Quimperlé? S'il s'imagine être investi de la *pleine juridiction*, s'il se trouve suffisamment édifié, et qu'il soit en disposition de juger (car, chose étrange et bizarre! dans ce système de *pleine juridiction*, le juge a l'option de juger ou de ne pas juger *uti voluerit*), il pourra déclarer Jacques en état de faillite sans que Salomon ait le droit de s'en plaindre, comme autrefois un juge seigneurial ou patrimonial pouvait revendiquer son justiciable, sans que rien lui en fît une obligation. Mais, que le juge de Quimperlé se contienne dans les bornes de sa compétence, il délaissera les parties à se pourvoir où de droit, sauf à prononcer sur la demande de Salomon après qu'il aura été compétemment statué sur la question de savoir si Jacques est commerçant, et commerçant failli. C'est évidemment là une double question d'*état commercial*, et, par suite, une double question préjudicielle (1).

40. — On insiste et l'on dit : Mais, à part la *plénitude de juridiction* qui appartient aux tribunaux civils, n'est-il pas des premiers éléments que le juge de l'action est aussi le juge de l'exception et de la demande incidente (2)?

Nous répondons avec M. Massé (*ubi suprà*, n° 205) : « Cela n'est vrai que dans le cas où le juge de l'action « n'est pas absolument incompétent pour connaître de « l'exception (ou *de la demande incidente*), et quand cette « demande ou cette exception ne constitue pas une ques-

(1) C'est ce que la Cour de cassation a jugé *in terminis*, en matière d'élections, par un arrêt rendu en *chambre civile*, le 8 janvier 1850, rapporté au *Journal du Palais*, t. 1 de 1850, p. 273. Il résulte de cet arrêt que la question d'état commercial devait être soumise au tribunal de commerce.

(2) C'est aussi là ce que l'on disait dans les justices seigneuriales, etc..., pour y retenir et juger les contestations entre marchands.

« tion préjudicielle spécialement attribuée à d'autres juges. « Or, dans le cas actuel, la déclaration de faillite étant « spécialement attribuée aux tribunaux de commerce, il « n'est pas plus permis aux tribunaux civils de s'en em- « parer par une voie indirecte, qu'il ne serait permis aux « tribunaux de commerce de connaître incidemment d'une « question spécialement réservée aux tribunaux civils, par « exemple, d'une question d'état (1) (*civil*, bien en- « tendu). »

41. — A ces principes, d'une incontestable vérité, il faut en ajouter un autre qui n'est pas moins certain. Quand une attribution est faite à *tel* juge, tout autre juge, fût-il de même ordre, devient incompétent, bien qu'il ne le soit pas à raison de la matière. Par exemple, il appartient à tous les tribunaux civils de connaître de l'action en partage entre cohéritiers. Cependant, si la succession de Jacques s'est ouverte à Quimper, le tribunal civil de Quimper sera seul compétent (art. 822 C. civ.). De même, tous les tribunaux de commerce ont le pouvoir de rendre des jugements déclaratifs de faillite, et cependant si Jacques a cessé ses payements commerciaux, et qu'il ait son domicile à Quimper, la compétence n'appartient qu'aux juges consulaires du lieu de ce domicile (art. 438). Eh bien ! dans le singulier système de la *pleine juridiction*, chacun des tribunaux civils de France serait en droit de faire ce que ne pourrait faire, en pure matière commerciale, aucun tribunal de commerce, un seul excepté; en sorte que Jacques, commerçant à Landerneau, pourrait être déclaré non failli par les tribunaux civils de Rouen et de Marseille, et failli par les tribunaux civils de Laval et de Mayenne, tandis que le seul tribunal compétent, le tribunal de Brest, mettrait néant sur la requête des créanciers en déclaration de faillite; tout cela le même jour peut-être, et peut-être à la même heure !

(1) Il faut voir, en ce sens, à sa date, au *Journal du Palais*, un arrêt de Toulouse du 26 août 1826, et un arrêt de Douai, du 13 août 1840, *Journal du Palais*, t. 1 de 1841, p. 276.

A qui est-il donné de prévoir tous les résultats meurtriers des procédures disparates et sans nombre qu'un tel désordre entraînerait? et, dans cette confusion des pouvoirs, que devient le contrôle réciproque des créanciers sur leurs titres respectifs, que la sagesse du législateur a voulu introduire, en concentrant tous leurs litiges dans une seule et même juridiction? Que devient surtout la parfaite égalité qui doit présider au règlement de leurs droits? Que deviennent l'indivisibilité de l'état de faillite et l'indivisibilité de la faillite elle-même; triple principe fondamental de la loi qui la régit? (art. 635, 491 et suiv. C. comm.) (1).

Nous le demandons à tous : un système semble-t-il dans le vrai quand son application vient aboutir à tant d'anomalies et d'inconséquences?

Au reste, la Cour de cassation n'a pas toujours approuvé le système perturbateur que sa jurisprudence autorise aujourd'hui. Voici un arrêt qui le condamne en termes énergiques :

« Attendu, disait la Cour suprême, que nos lois ont « attribué aux juges consuls des marchands et aux tri- « bunaux de commerce qui les remplacent, la connais- « sance de tous différends entre marchands pour fait de « marchandises, et de toutes affaires de commerce ;

« Attendu que la compétence ainsi dévolue aux tribu- « naux de commerce par une disposition générale et « complexe se détermine, dans l'application, par le fait « qui donne lieu à la contestation ;

« Attendu que la contestation agitée entre les citoyens « Delmas et Optemberg résidait dans la réclamation « d'un carton de dentelles et bijoux, comme nantissement « de valeurs négociées entre marchands, et que cette « qualité n'a pas été contestée; qu'ainsi, soit que l'on « s'attache à la profession des parties intéressées, ou à la « nature de la négociation, le tribunal de commerce avait

(1) C'est principalement à ces points de vue que M. Massé a traité notre question. Voir *suprà*, n° 40.

« été légalement saisi, *et ratione personarum et ratione*
« *materiæ.*

« Par ces motifs, le tribunal de cassation casse et
« annule le jugement du tribunal d'appel de Bruxelles,
« du 24 germinal an IX, pour *contravention formelle à*
« *la disposition de l'art. 2 du titre 12 de la loi du mois*
« *d'août* 1790, *concernant la distribution des pouvoirs*
« *judiciaires.* »

Tous les tribunaux créés par la loi de 1790 continuent de subsister ; seulement quelques dénominations sont modifiées. Mais, en comparant l'arrêt que l'on vient de lire avec les arrêts que la même Cour rend aujourd'hui sur la même matière, ne faut-il pas se demander si la loi de 1790 elle-même subsiste encore, et dans quel numéro du *Bulletin des Lois* se trouverait celle qui l'a rapportée ?

A la vérité, notre arrêt est de vieille date (1). Mais qu'importe ? Quelquefois les vieilles dates ne sont pas les moins bonnes. D'ailleurs, un principe vrai ne tombe jamais en prescription. Il conserve toujours son droit de *réintégrande.*

Voilà pour la plénitude de juridiction des tribunaux civils.

On a vu *suprà* (n°s 33 et suiv.) en quoi elle consistait sous l'ancien régime. Mais alors, on n'avait pas encore tracé une ligne séparative entre la juridiction civile et la juridiction répressive.

Aujourd'hui, les partisans de la plénitude de juridiction que s'arrogent les tribunaux civils pourraient ainsi la définir :

C'est le droit facultatif de juger ou de ne pas juger les affaires civiles des justices de paix et les affaires de commerce, quand le défendeur ne demande pas son renvoi ; et de les juger encore, ou de ne pas les juger, quand le renvoi est demandé, si ces affaires se produisent par

(1) 4 prairial an XI. — V. *Bull. civ. de Cass.*, an XI, et *Journ. du Palais*, t. 3, p. 291.

forme d'exception ou d'incident à une demande dont le tribunal civil est saisi.

Selon ce système, le lot des tribunaux civils dans le partage de la succession des justices anté-révolutionnaires, serait le *territorium* dans sa double acception, le *judicium* et l'*executio*.

2° Le ministère public peut-il poursuivre comme banqueroutier, et le juge criminel déclarer failli un individu contre lequel il n'a pas été rendu de jugement déclaratif conformément à l'article 440 ?

SOMMAIRE.

42. Identité des deux questions; les auteurs soutiendront la négative; arrêts que la Cour suprême a rendus sur la matière, et toujours dans le même sens; deux résument tous les autres, l'un de 1811, l'autre de 1838.
43. Analyse des motifs de l'arrêt de 1811.
44. Réponse au motif tiré de ce que les tribunaux de commerce ne seraient institués que pour les intérêts privés; en matière de faillite, l'intérêt public et l'intérêt privé sont confiés à leur garde exclusive.
45. Rapprochement et combinaison de diverses dispositions du Code, qui montrent que, dans l'intention de la loi, le ministère public ne peut exercer des poursuites, si le tribunal de commerce n'a pas rendu un jugement déclaratif; sans ce jugement, la cessation de payements ne peut légalement passer à l'état de faillite.
46. Alors même qu'il y a déclaration de cessation de payements et dépôt d'un bilan fait au greffe, indispensabilité du jugement déclaratif; *n'est pas failli qui veut;* espèce dans laquelle le déclarant voulait tromper; espèce où un commerçant, se trompant sur l'état de ses affaires, provoque à tort un jugement déclaratif contre lui-même.
47. Le fait de la cessation de payements et le jugement qui déclare ce fait, sont inséparables; pas de banqueroute possible sans un jugement déclaratif, parce que pas de faillite.
48. Ce n'est pas seulement une loi qui, selon l'expression de la Cour suprême, *ordonne expressément une disposition con-*

traire, c'est toute une institution d'intérêt privé et d'intérêt social, qui refuse action au ministère public avant la faillite déclarée ; toutes les dispositions du Code couvergent à ce résultat.

49. Le ministère public n'a de pouvoir qu'à partir du moment marqué par l'art. 483, phase de la faillite *où le jugement déclaratif est rendu ;* examen de la question affirmativement décidée par l'arrêt de 1838, de savoir si le jury a caractère pour déclarer *commerçant failli* celui qui est l'objet d'une accusation de banqueroute sans l'avoir été d'un jugement déclaratif.

50. Si l'accusé excipe devant la Cour d'assises qu'il n'est pas *commerçant*, ou que, commerçant, il n'est pas *failli*, la question d'état n'est-elle pas *préjudicielle*, et ne doit-on pas, avant tout, la renvoyer au jugement du tribunal consulaire? Extraits d'une sorte de règlement intérieur qualifié de *note*, délibéré et arrêté *à l'unanimité* par la Cour de cassation en 1813, sur la manière dont elle jugerait certains pourvois touchant la compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police ; la doctrine de cette *note*, en matière de questions d'état qui peuvent se présenter dans un procès criminel, réfutée par une loi romaine invoquée à son appui.

51. La même doctrine, condamnée non moins explicitement ou même plus, par une autre loi romaine et par les Institutes de Justinien ; *quand la peine du délit dépend de l'état, la question d'état doit être jugée avant tout.*

52. Lorsqu'il a été jugé par le tribunal de commerce qu'un commerçant n'est pas failli, et que le jugement a acquis force de chose jugée, son état de commerçant *integri status* est pour lui un droit absolu envers tous, sans en excepter le ministère public ; arrêt de la Cour d'assises de Liége qui condamne *in terminis* la doctrine contraire.

53. Explications fautives adoptées par M. Mangin de la loi 3, *Cod.*, *De judiciis*, et de la loi 1, *Cod.*, *De ordine judiciorum ;* rectification d'erreurs graves commises par Merlin dans son *Répertoire universel de Jurisprudence.*

54. Fausse conséquence déduite par M. Mangin de l'art. 189 du Code civil ; dans une accusation de banqueroute, l'état de *commerçant failli* ne peut jamais devenir l'objet d'une question *incidente.*

55. Fausse conséquence déduite par le même auteur de l'article 327 du même Code ; théorie de l'argument *à contrario sensu ;* diverses applications de la théorie, et démonstration de la fausseté de l'argument *à contrario* que M. Mangin a voulu tirer dudit art. 327.

56. Réfutation des conséquences déduites par M. Mangin de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle.

57. Examen et mise à l'épreuve de la théorie de la Cour de cassation d'après laquelle le jury aurait caractère pour déclarer l'accusé *commerçant failli*.

58. Jacques étant accusé de banqueroute frauduleuse, comment le président pose la question, pour que le jury n'ait à résoudre aucune question de droit; mais, par la manière dont la phrase interrogative est construite, elle peut en impliquer de fort difficiles.

59. Ces questions implicites sont des questions principales; à quel signe on reconnaît qu'une question est *incidente;* dès que l'accusé conteste l'état de faillite, la phrase interrogative implique nécessairement une ou plusieurs questions de droit.

60. Suivant la Cour, *la faillite est un élément nécessaire du crime de banqueroute;* rectification de cette erreur grave; *ce que la faillite est à la banqueroute.*

61. La banqueroute, d'après la même Cour, *constitue un fait principal;* cette proposition réfutée: ce qu'on appelle, en procédure criminelle, fait *principal;* la banqueroute ne peut être circonstance d'aucun autre fait; aucun autre fait n'en peut non plus être une circonstance; mais il ne s'ensuit pas que la banqueroute soit un fait principal.

62. Si la faillite était un crime, la banqueroute en deviendrait une circonstance aggravante; comment, en cet état hypothétique de choses, la question serait posée; pourquoi, sous la législation existante, la déclaration du jury serait annulée; pourquoi l'on est réduit à juxtaposer un fait innocent et un fait coupable dans une question incorrecte qui n'est pas interrogative sur le tout.

63. Nulle loi ne donne au jury le pouvoir de constater *in globo* des faits hétérogènes, des faits civils et des faits criminels, des faits criminels et des faits commerciaux; le tribunal de commerce seul a reçu attribution, et, par suite, compétence exclusive, pour déclarer la faillite par jugement; dans ce système tout est conséquent et régulier; résumé de la discussion criminelle.

42. — A la grave question juridictionnelle dont on vient d'achever l'examen, il en succède une autre bien plus grave encore; car, outre le droit de juger en certains cas des questions civiles ou commerciales, il s'agit, cette

fois, de la *vocatio* (1) et du *jus gladii* (2); en un mot, du *mixtum imperium*.

Les officiers du ministère public ont-ils compétence pour exercer des poursuites en banqueroute, et les tribunaux criminels pour constater, accessoirement à des préventions ou à des accusations qui en sont les résultats, le fait d'une faillite non encore déclarée par le tribunal de commerce? On voit, au premier coup d'œil, que les deux questions n'en font qu'une; car, si le ministère public n'a pas d'action, les tribunaux criminels sont évidemment incompétents. En effet, hors quelques cas exceptionnels fort rares, les lois pénales ne s'appliquent jamais d'office. Il faut que le juge soit saisi.

Or, nous soutenons que le ministère public est sans compétence et conséquemment sans action. Mais, hâtons-nous de l'avouer, nous aurons à le soutenir sous des auspices peu propres à encourager nos efforts. L'affirmative a pour elle la jurisprudence invariable de la Cour suprême, la jurisprudence uniforme des Cours d'appel, et l'unanimité des auteurs qui ont écrit sur le droit criminel (3), ou traité du droit commercial. M. Massé lui-même, qui a si bien pulvérisé la prétendue omni-compétence des tribunaux civils, nous abandonne en cet endroit, ou, pour mieux dire, désertant son propre principe, il nous quitte au fort du combat, et passe aux adversaires.

En traitant la question précédente, du moins avons-nous pu appuyer notre sentiment sur l'opinion d'auteurs graves, et sur une ancienne décision de la Cour suprême, rendue en chambre civile (4). Ici, au contraire, pas un

(1) Mandats de comparution, d'amener, d'arrêt.

(2) Bien que la loi romaine défendît de le nommer *jus securis* (le droit de hache), on pourrait aujourd'hui lui donner cette dénomination. C'est le droit de faire mettre à mort, ce qui implique le droit de prononcer, le cas y échéant, toutes les autres peines édictées par des lois pénales.

(3) Entre autres, MM. Carnot, *Code pén.*, t. 3, p. 359; Mangin, *Act. pub.*, n° 420; Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pén.*, n° 436; Faustin Hélie, *Traité de l'Inst. crim*, t. 3, p. 36 et 37, et t. 7, p. 236, l'ouvrage le plus savant et le plus méthodique qui ait paru en France sur la procédure criminelle.

(4) Entre les arrêts de la chambre civile et ceux de la chambre

seul arrêt d'une Cour quelconque en France, pas même un seul auteur dont il nous soit possible d'invoquer la doctrine; isolement qui nous peine, à tous égards, et qui nous serait encore plus pénible, s'il semblait accuser en nous la présomption ridicule de défendre un paradoxe, et nous prêter, en quelque sorte, une attitude insurrectionnelle. Osons néanmoins exposer notre théorie solitaire. Notre conviction est d'autant plus profonde, que nous avons longtemps essayé de nous en défendre. L'absence de tout appui nous effrayait; elle nous pèse encore. Mais ce que nous allons dire est dans nos consciences, et la conviction de l'homme ne dépend pas de son libre arbitre; il en subit le joug, *velit an nolit*. Or, lorsque après avoir mûri la sienne par une étude longue et laborieuse, un jurisconsulte est assez malheureux pour se trouver seul de son avis, un dernier devoir lui reste : c'est de le dire.

Après tout, il n'est ni arrêts, ni auteurs qui ne restent perpétuellement justiciables de la logique.

Des nombreuses décisions que la Cour suprême a rendues sur la matière, nous n'en transcrirons que deux, parce qu'elles résument complétement les motifs sur lesquels est fondée sa jurisprudence plus que quadragénaire.

Arrêt du 7 novembre 1811 (V. de Vill. et Car., 3, 1, 420) :

« Attendu, dit la Cour, que l'action publique est essen-
« tiellement indépendante de l'action privée, hors les cas
« où la loi peut avoir expressément ordonné une disposi-
« tion contraire ; que la juridiction des tribunaux de com-
« merce ne peut être saisie que par les parties privées;
« que, si le jugement de ces tribunaux sur le fait de la

des requêtes, il est une différence dont voici la raison : En chambre des requêtes, on juge sur le seul mémoire du demandeur en cassation; en chambre civile, la cause est contradictoirement débattue. En outre, quand l'arrêt de la chambre civile est favorable au demandeur, il est certain que deux chambres ont été du même avis, ce qui ne peut avoir lieu s'il y a eu rejet du pourvoi par la chambre des requêtes. L'arrêt de la chambre civile qui *casse* a donc plus d'autorité.

« faillite était un préalable nécessaire à l'exercice de l'ac- « tion publique sur le fait de la banqueroute, il s'ensui- « vrait que l'exercice de cette action serait soumis à l'ar- « bitraire des intérêts privés, ce qui serait directement « contraire à la loi ; que la banqueroute n'est pas une « circonstance, une modification du fait de la faillite ; qu'elle « constitue un fait principal sur lequel le ministère public « peut agir, quoique le tribunal de commerce, qui n'est « institué que pour les intérêts privés, n'ait pas été saisi « de la réclamation des créanciers sur le fait de la « faillite. »

Arrêt du 22 mars 1838 (*Journ. du Palais*, t. 1, 1840, p. 203):

« Attendu que la réponse affirmative du jury à une « question qui embrasse plusieurs faits, les constate tous ; « et qu'ainsi le fait de la faillite ayant été énoncé dans la « question à laquelle le jury a répondu affirmativement, « se trouve légalement établi ; que, d'un autre côté, quoi- « que aucun jugement passé en force de chose jugée n'eût « encore déclaré l'ouverture de la faillite, le jury avait « caractère pour constater ce fait, qui est un élément né- « cessaire du crime de banqueroute, puisque la juridic- « tion criminelle est absolument indépendante de la juri- « diction civile. »

43. — Examinons d'abord les motifs énoncés dans l'arrêt de 1811. Ils se reproduiront tous dans l'unique argumentation que voici :

Les tribunaux de commerce n'étant institués que pour les intérêts privés, des créanciers peuvent seuls les saisir d'une demande en déclaration de faillite. Le ministère public n'a pas d'action devant eux ;

D'un autre côté, son action est essentiellement indépendante de l'action privée.

Or, elle en dépendrait s'il ne pouvait poursuivre en banqueroute avant un jugement déclaratif qu'il n'a pas le droit de provoquer ; donc il peut agir sans ce préalable.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le législa-

teur eût expressément ordonné une disposition contraire qu'il n'a pas édictée.

44. — L'intérêt public, pourrions-nous répondre, se lie à l'intérêt du commerce, car le commerce lui-même *est lié aux grandes opérations de l'État, à ses relations internationales* (Disc. prél. du C. de comm. et du C. civ.). Il est la source abondante de l'aisance du peuple, et le plus sûr garant de la paix publique. Sans lui, nous disent Valin et Casaregis, nul gouvernement ne peut durer : *Sine commercii utilitate respublica sustineri non potest.* Toutes les révolutions, la révolution de 1848 surtout, en sont la preuve éclatante. Nous pourrions dire encore que la richesse mobilière de la France est à peu près au double de sa richesse territoriale ; qu'elle tend toujours à s'accroître, et que le sol lui-même n'est qu'une grande manufacture dont les immenses produits entrent tous dans la circulation commerciale avec le produit des chemins de fer, de la navigation intérieure ou maritime, les centaines de millions dont se compose la dette publique, tous les autres effets français ou étrangers susceptibles d'être cotés, etc., etc... Mais n'envisageons pas les choses à ce point de vue élevé, et renfermons-nous dans le cercle modeste d'une simple controverse de droit.

Ainsi, que les tribunaux consulaires ne soient, en général, institués que pour les intérêts privés, le contentieux du commerce, ne refusons pas de le reconnaître. Mais, quant aux faillites, nous posons en principe que l'intérêt public n'est pas moins que l'intérêt privé commis à la garde exclusive de ces mêmes tribunaux. On veut des lois qui le disent *expressément* ; en voici deux bien expresses :

C'est d'abord notre art. 440, celui, sans doute, qui gêne le plus, car à peine en parle-t-on *per transennam.* Cette loi ne donne pas seulement au tribunal de commerce le pouvoir de prononcer la déclaration de faillite sur la demande des parties privées ; elle lui donne aussi le droit de la prononcer d'*office*, même contre les receveurs généraux des finances, consuls, notaires, magistrats de tout ordre, etc. ; en un mot, contre toutes personnes faisant

habituellement des opérations commerciales, *animo lucrandi*, et ce droit lui est conféré à l'exclusion de tous autres juges. Ceux-là mêmes qui se prétendent investis de la *pleine juridiction* n'oseraient prendre sur eux de déclarer d'office une faillite, ni de faire remplir les formalités consécutives qu'un tel jugement nécessite, *v. g.*, l'arrestation du débiteur (art. 455). Jusqu'ici, du moins, la chose est sans exemple. Nul autre tribunal quelconque qu'un tribunal de commerce n'a jamais déclaré personne commerçant failli qu'incidemment à une demande civile ou par suite d'une plainte dont il était saisi. Or, prononcer d'office, c'est prononcer *proprio motu*, sans y être sollicité par qui que ce soit.

Que fait donc le juge consulaire lorsqu'il rend, *ex officio*, un jugement déclaratif? Il exerce un grand acte d'autorité publique, un pouvoir extraordinaire et discrétionnaire, un *jus singulare*, on pourrait dire, en quelque sorte, un *merum imperium*.

Et dans quel intérêt? Serait-ce, comme quelques auteurs le disent, dans le seul intérêt des créanciers éloignés? C'est dans l'intérêt de tous, commerçants ou non commerçants, éloignés ou proches, même dans l'intérêt de l'État (1) ; en un mot, dans l'intérêt du *crédit commercial*, par conséquent, dans l'intérêt général ; c'est-à-dire, afin que personne n'ignore qu'il n'y a plus de sûreté à traiter avec le commerçant devenu l'objet du jugement solennel, rendu *extrà ordinem*. Tels sont le but et les motifs de l'art. 440, loi unique dans son espèce; car aucune autre loi n'arme aucun autre tribunal du droit exorbitant de priver d'*office* et par provision, *causâ inauditâ*, un citoyen de sa liberté, de l'administration de ses biens, de ses droits politiques. Les Cours souveraines elles-mêmes, toutes chambres assemblées, ne sont pas investies de ce pouvoir redoutable !

Si ce n'est pas là exercer la juridiction dans un *intérêt*

(1) Par exemple, s'il porte des obligations ou des soumissions souscrites en douane par le failli, ce qui arrive chaque jour, et plusieurs fois par jour.

public, qu'on nous dise donc quelle autre chose ces expressions signifient.

Faut-il un autre texte plus explicite encore? C'est l'article 515 ainsi conçu : « En cas d'inobservation des règles « ci-dessus prescrites, ou lorsque des motifs tirés, soit de « l'*intérêt public*, soit de l'intérêt des créanciers, paraî« traient de nature à empêcher le concordat, le tribunal « en refusera l'homologation. » Voilà donc encore un texte qui, par une attribution exclusive, commet au juge de commerce l'appréciation discrétionnaire de l'intérêt public, et le fait seul arbitre entre cet intérêt et l'intérêt privé. C'est un blanc-seing, une procuration *cum liberâ*, que la loi lui donne.

Enfin, *l'intérêt public* est aussi placé sous la surveillance du juge-commissaire *durant tout le temps de la liquidation de la faillite*, par conséquent, sous la protection des juges du tribunal où sa qualité de rapporteur l'appelle toujours et nécessairement à prendre place (V. M. Renouard, t. 1, n° 152).

« *Si la législation se compose de lois d'exception* (disait « l'exposé des motifs des art. 631 et 632 du Code de 1807), « *ce n'est pas pour l'avantage des commerçants qu'elles sont* « *faites*, c'est pour l'intérêt de tous, *parce que la richesse* « *publique, l'aisance, le bonheur des citoyens, sont attachés* « *à la prospérité du commerce.* Par cette raison qui nous « paraît si simple, *c'est le commerce, et non les commer-* « *çants*, qui doit être l'objet de la législation qui nous est « confiée, etc... (1). » Voilà pourquoi la faillite est un tout indivisible (2); voilà pourquoi, fussent-ils cent fois plus nombreux que les créanciers pour faits de commerce, et n'y en eût-il qu'un seul de cette dernière espèce, les créanciers civils sont tenus, ainsi que les administrations publiques et l'Etat lui-même, de venir justifier de leurs créances et débattre leurs intérêts devant *le tribunal des marchands* (art. 635).

Il n'est donc pas exact de dire, avec l'arrêt de 1811,

(1) Locré, *Esprit du Code de comm.*, t. 8, p. 373.
(2) V. *suprà*, n° 3.

premier fondement de la jurisprudence existante, que *le tribunal de commerce n'est institué que pour les intérêts privés;* plus haute est sa mission. Ainsi, l'argumentation s'écroule avec sa base, et nous pourrions, à bon droit, n'en pas pousser plus loin la réfutation.

45. — Mais nous tenons à prouver par le rapprochement de quelques autres dispositions du Code, et par la combinaison des unes avec les autres, que, dans l'intention de la loi, le ministère public ne peut exercer des poursuites ni en banqueroute simple, ni en banqueroute frauduleuse, que si, *par des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers*, le tribunal de commerce a déjà rendu sur requête ou d'office un jugement déclaratif de la faillite.

En effet, le commerçant seul peut faillir; le commerçant failli peut seul être en banqueroute (V. *suprà*, n° 13).

Or, point de jugement déclaratif, point de faillite, légalement parlant. Voilà notre thèse.

La simple cessation de payements n'est qu'un fait, ou plutôt, selon la très-juste expression du rapporteur, *un ensemble de circonstances*, qui doit être examiné, apprécié, constaté, déclaré.

Qu'il n'y ait pas de jugement déclaratif, et le débiteur ne pourra être ni *placé en état d'arrestation ou sous la garde d'un officier de police*, ni frappé d'une *capitis diminutio* (V. *suprà*, n° 20), dont les effets ne s'effacent que par une réhabilitation presque toujours impossible (article 604).

C'est le jugement déclaratif qui dessaisit de plein droit le débiteur de l'administration de ses biens; opère une saisie générale qui, accompagnée de scellés et d'inventaire, le réduit à l'impuissance de rien aliéner, et de ses biens fait une masse *une*, comme l'état de faillite est *un* (article 443).

C'est encore par le jugement déclaratif ou par un jugement ultérieur qui s'identifie avec lui, que l'époque de la cessation de payements est fixée, et cette époque, acquérant ainsi une date certaine, devient le fondement de la

théorie de la loi sur la nullité, l'annulabilité ou la validité des actes faits par le débiteur depuis qu'il a cessé de payer, ou dans les dix jours antérieurs (art. 446).

Par le jugement déclaratif qui dessaisit *ipso jure* le débiteur de l'administration de ses biens, cette administration passe immédiatement à la masse de ses créanciers, avec pouvoir de vérifier et de contrôler le bilan du débiteur, de traiter avec lui, de liquider, de transiger, de vendre, de répartir (art. 443, 468, 493, 507, 529, etc.).

Point de jugement déclaratif, et l'on ne pourra concevoir, ni l'organisation du syndicat, sans laquelle la masse des créanciers ne peut gérer et liquider la faillite; ni la législation du concordat qui, contrairement au droit civil et à la raison du droit, impose à la minorité des chirographaires la loi de la majorité, et lie les créanciers présents ou absents, connus ou inconnus, majeurs ou mineurs; ni l'union qui, le concordat refusé, se forme de plein droit entre tous les créanciers, sans distinction, et les appelle tous à participer aux délibérations d'intérêt commun; ni l'institution du commissariat, délégation du tribunal de commerce que nécessitent les intérêts divers et opposés qui s'agitent dans une faillite, et chargée de suivre les opérations, de les hâter, de les surveiller, de statuer en cas d'urgence, et d'éclairer la religion des juges sur les contestations, les causes et le caractère de la faillite.

Voilà, en résumé, quelques effets importants de la faillite. Qui oserait prétendre qu'ils sont dus au seul fait de la cessation de payements, ou attachés au jugement de quelque autre tribunal que le tribunal de commerce? Ces effets se lient au jugement déclaratif; leur existence en est une émanation.

Après cela, que la Cour de cassation ait dit: « La cessation de payements est un fait qui existe par lui-même, « que le jugement déclaratif constate, mais qu'il ne crée « pas, » qu'importe? Là n'est pas la question. La question est de savoir si la loi (art. 440) qui a chargé le juge consulaire de constater ce fait, a entendu l'en charger exclusivement à tous autres juges, et ce point n'est pas douteux. Nous pensons l'avoir démontré. Le décès d'un

citoyen est aussi un fait que l'acte de l'état civil constate, mais qu'il ne crée pas. Cependant, à moins que les registres n'aient pas existé ou qu'ils soient perdus, si l'acte n'est pas représenté, le fait du décès n'existera pas quant aux effets légaux que ce même acte aurait eu la vertu de lui faire produire (art. 46 C. civ. — V. notre t. 1, n° 205); et ce n'est pas le seul cas où il soit exact de dire : *Forma dat esse rei.*

Il n'en est pas autrement de l'état de faillite. Ce décès commercial dont les conséquences sont immédiates, si graves et presque toujours irréparables (V. *suprà*, n° 20), n'a de consistance avec effet légal qu'autant qu'il soit constaté par le juge que la loi désigne seul.

46. — Telle est l'indispensabilité du jugement commercial pour que l'état de *commerçant failli* soit légalement constant, qu'on n'est pas légalement en faillite par cela seul qu'on a fait au greffe la déclaration et le dépôt ordonnés par les art. 438 et 439.

Cependant l'arrêt du 13 novembre 1838, rapporté *suprà*, n° 26, suppose le contraire (*in fine*), et c'est peut-être pourquoi M. Bédarride (n° 43) s'exprime en ces termes : « La déclaration de cessation de payements et le « dépôt du bilan effectués, le tribunal doit immédiate- « ment prononcer l'ouverture (1) de la faillite. »

Qu'il nous soit permis de le dire, la Cour suprême fait erreur, et M. Bédarride ne se trompe pas moins, s'il veut faire entendre par le mot *immédiatement* qu'aussitôt la déclaration faite et le bilan déposé, le juge doit prononcer sans autre examen que celui de la matérialité de la déclaration et du dépôt.

Cela ne suffit pas, et la raison en est sensible. C'est que le déclarant peut vouloir tromper, et qu'il peut se tromper lui-même. Or, s'il y a erreur ou fraude, un jugement dé-

(1) Voilà encore le malheureux mot *ouverture* qu'on lisait dans l'ancien Code, et que la nouvelle loi a sagement effacé pour prévenir la confusion qu'il jetait dans les idées et enlever un appui à des argumentations captieuses (V. *suprà*, n° 32).

claratif surpris à l'inattention du juge, ou précipitamment rendu, pourra produire des effets déplorables. Il faut donc que le tout soit scrupuleusement examiné.

Le cas de fraude s'est présenté tout récemment.

En 1844, Roboam vend à Jacques sa charge de commissaire-priseur pour 145,000 fr., prix non encore payé, lorsqu'en janvier 1848, Jacques revend à Salomon pour 120,000 fr. Or, le jour même où Salomon prêtait son serment (20 mars 1848), dépôt du bilan de Jacques se qualifiant de *négociant escompteur*, puis, jugement déclaratif rendu le même jour, ou *immédiatement*, comme dit M. Bédarride.

Devant la Cour de Paris, Roboam appelant prouve et l'arrêt constate que Jacques *n'avait rien acheté pour revendre;* que les prétendus actes de commerce dont argumentaient les syndics et que le *négociant escompteur* soutenait avoir faits *animo mercandi*, ne constituaient ni l'*agence d'affaires*, ni *la banque*, ni le *courtage*; en un mot, que Jacques n'était même pas commerçant.

Le motif des syndics pour soutenir le bien jugé s'explique de lui-même : tout l'actif consistait dans les 120,000 fr., non encore payés, prix de la revente. Mais peut-être s'est-on demandé pourquoi tant d'efforts de la part de Jacques en vue de conserver cet *état de failli* que tant d'autres redoutent?

Eh bien! Jacques avait deux motifs, également désavoués par l'honneur et par la probité :

1° Sa mauvaise humeur contre Roboam qui, n'étant pas à la hauteur des grands principes, croyait de très-bonne foi ne commettre aucun vol en exigeant le prix de sa propriété, et l'état de faillite eût fait tomber son privilége de vendeur;

2° Le privilége disparaissant, les 120,000 fr. étaient à répartir entre tous les créanciers; un concordat était possible, probablement même convenu d'avance, et, par ce moyen, Jacques pouvait obtenir son entière libération aux dépens de Roboam, tenu de subir la loi de la majorité. Quant au surplus des effets légaux de la faillite, le *négociant escompteur* s'en moquait.

La Cour d'appel de Paris aperçut le piége. « Considé-
« rant, en droit (porte son arrêt), que la loi n'admet à la « faillite que le *commerçant ;*

« Que cette exception aux règles du droit commun est « grave, puisque, d'une part, elle suspend les poursuites « contre le débiteur et l'autorise à se libérer de ses enga- « gements par un dividende contre le gré même d'une « partie de ses créanciers, et que, de l'autre, elle donne « aux créanciers le droit de se saisir de l'actif de leur dé- « biteur, et de lui demander compte de sa gestion ;

« Que cette exception ne peut se justifier que par la « position du commerçant, dont les opérations sont livrées « à des chances nécessaires et à des périls qu'il ne dé- « pend pas de lui d'éloigner ;

« Qu'elle est également motivée par la position excep- « tionnelle aussi de ceux qui traitent avec lui et qui sont « obligés de se livrer à sa foi et à sa fortune, bonne ou « mauvaise ;

« Que ce n'est donc *qu'après un examen sérieux des « circonstances, et seulement quand elles ne laissent au- « cun doute*, que les tribunaux doivent appliquer cette « exception.

Considérant aussi, en droit, que la loi ne déclare « *commerçant* que celui qui exerce des actes de com- « merce, et qui en fait sa *profession habituelle* (1). »

« Ce qu'on vient de lire se résume en deux mots : *N'est pas failli qui veut.* Or, y a-t-il rien de plus propre à dé- montrer la nécessité d'un jugement déclaratif conformé-

(1) L'arrêt est du 26 mars 1850. V. 1850, p. 201, *Annales de la science et du droit commercial*, par M. L. Lehir, l'un des recueils mensuels les plus instructifs et les plus intéressants que nous connaissions.

V. aussi *Journ. de Jurisp. comm. et marit. de Marseille*, t. 29, p. 56, 2[e] partie. On y voit que Roboam exposait devant la Cour « qu'aus- « sitôt après la révolution de février, Jacques, changeant d'idée, « avait voulu conserver la charge ; mais que, n'ayant pu y réussir, « *il avait provoqué lui-même sa propre destitution dans le but de faire « tomber le privilége de son vendeur.* »

C'est après avoir échoué dans cette tentative qu'il dépose son bilan pour *escompter*, à sa manière, l'office ou les 145,000 fr. de Roboam.

ment à l'art. 440? Jusqu'à ce temps, et, en cas d'appel, jusqu'à l'arrêt confirmatif, la cessation des payements commerciaux, et même la profession de commerçant seront toujours plus ou moins à l'état de problème.

Une autre considération démontre aussi la nécessité de cet *examen sérieux des circonstances*, que recommande la Cour d'appel de Paris, et l'obligation pour le juge de ne déclarer personne en faillite que *quand ces circonstances ne laissent aucun doute*. Le commerce est exposé à tant de vicissitudes qu'un honnête commerçant, celui surtout qui fait de grandes et nombreuses opérations, voyant fondre sur lui des revers inattendus, peut, dans les premiers moments, se croire impuissant à remplir ses obligations, tandis que son actif, mieux connu, lui fournirait les moyens d'y satisfaire. Ce n'est pas ici une pure hypothèse. On a vu des exemples (1), et Savary, liv. 4, part. 1, chap. 9, parle de marchands qui, faute de se rendre exactement compte de l'état de leurs affaires, déposaient leur bilan *ayant une fois plus de biens qu'il n'en fallait pour payer leurs dettes.*

47. — Concluons. La cessation de payements et le jugement qui déclare ce fait sont aussi inséparables que l'âme et le corps. Pas de jugement déclaratif sans cessation de payements; pas de cessation de payements, aux yeux de la loi, sans un jugement déclaratif (2).

(1) Cette hypothèse s'est réalisée en 1809 dans le Finistère. Un respectable négociant, qui exerçait sa profession avec honneur et succès depuis plus de quarante ans, se vit coup sur coup compromis dans une foule de faillites. Ces malheurs inopinés affectèrent passagèrement son moral; se croyant bientôt perdu, il déposa son bilan, et fut déclaré failli sur sa propre demande. L'un de nous, appelé comme conseil par les syndics, travailla avec eux à établir nettement la situation du débiteur. et, au bout de quelques jours, ils purent s'assurer que l'actif suffisait, et au delà, à désintéresser tous les créanciers, ce qui eut lieu. En conséquence, le jugement déclaratif fut rétracté, et quelques jours après, le prétendu failli allait à Quimper déposer son vote dans l'urne électorale pour la nomination d'un député au Corps législatif.

(2) M. Renouard sépare deux choses que la loi ne sépare jamais, lorsqu'il dit : « On peut considérer la faillite sous deux points de

D'un autre côté, pas de faillite, pas de banqueroute. Or, la faillite n'existe que quand elle est déclarée par le juge de commerce. Donc, jusqu'alors, le ministère public ne peut agir.

48. — Ce n'est pas seulement une loi (l'art. 440) qui, pour emprunter les expressions de la Cour suprême, *ordonne expressément une disposition contraire ;* c'est toute une législation d'intérêt privé et d'intérêt social, qui refuse action au ministère public. C'est dans cette pensée que la législation des *faillites et banqueroutes* a été préconçue, combinée, coordonnée, et, nous ne craignons pas de le dire, parmi le grand nombre de dispositions dont cette loi se compose (207 articles), il n'en est pas une seule qui ne converge à ce résultat avec chacune des autres. Epargnons au lecteur l'inutile ennui de les passer en revue une à une, pour n'arriver chaque fois qu'à des conséquences uniformes et monotones. Mais arrêtons-nous un instant aux trois seuls textes où il soit fait mention du ministère public.

Il en est parlé pour la première fois dans l'art. 460. La faillite est déjà juridiquement déclarée, car cette disposition a précisément pour objet de mander au procureur impérial l'exécution du jugement déclaratif en ce qui concerne le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, etc...., et, chose remarquable ! le même mandat est concurremment donné aux syndics. Et eux aussi ont le droit de requérir la force publique.

Remarquez encore ces mots *maison d'arrêt pour dettes.* Le ministère public n'aurait pas le droit de faire détenir le failli dans une maison d'arrêt proprement dite. Il n'y a

« vue : ou comme l'état du commerçant qui a cessé ses payements, « ou comme l'état du commerçant qui a été judiciairement déclaré « failli. »

Mais qu'est-ce donc que cet état du commerçant qui a cessé ses payements ? Un simple fait, *nudum factum.* Et quand produit-il des effets légaux ? Alors seulement qu'il est devenu une vérité légale par le jugement déclaratif.

point ici de *prévenu*, expression propre à la procédure criminelle. La faillite est un fait innocent (*à pœnâ remotum*), un fait *purement commercial*, comme le disait très-bien M. le rapporteur. Mais les engagements du failli auxquels il n'a pas satisfait le soumettant à la contrainte par corps avant sa cessation de payements, il est conséquent qu'on s'assure de sa personne par sa détention dans une maison d'arrêt *pour dettes*.

La seconde de nos trois dispositions présuppose encore l'existence d'un jugement déclaratif. C'est l'article 459, d'après lequel le greffier du tribunal de commerce doit, dans les vingt-quatre heures, adresser au procureur impérial du ressort *extrait du jugement déclaratif, mentionnant les principales indications et dispositions qu'il renferme*, précaution sage et bien entendue qui éveille la sollicitude du magistrat chargé de la vindicte publique, et éclaire sa surveillance.

Vient enfin l'art. 483 ainsi conçu (1) : « Les officiers « du ministère public pourront se transporter au domicile « du failli et assister à l'inventaire. Ils pourront, à toute « époque, requérir communication de tous les actes, li- « vres et papiers relatifs à la faillite. »

Cette disposition serait, à elle seule, la clef du problème ; car, dans une loi d'*ordre public*, puisque les *faillites ont été établies dans l'intérêt du commerce et de la société* (V. M. Esnault, t. 1er, n° 133), et que *l'état de faillite modifie d'une manière décisive la position sociale du commerçant et lui enlève toute capacité* (V. M. Bédarride, t. 1er, n° 72) ; en un mot, dans une loi toute spéciale, par conséquent, essentiellement restrictive, on juge du pouvoir que cette loi ne veut pas attribuer ou qu'elle entend limiter, par l'étendue exprimée de celui qu'elle attribue, et c'est, ou jamais, le cas de la règle des inclusions.

(1) Il y a bien encore l'art. 602 où il est parlé du ministère public. Mais cette disposition se rapporte au cas où il est intervenu une condamnation pour banqueroute. Son objet est évidemment de donner au procureur impérial les moyens de découvrir les complices.

Ce n'est donc qu'après le jugement déclaratif que le procureur impérial peut *se transporter au domicile du failli.* Auparavant, il y aurait incompétence. Il ne peut pas non plus demander au failli communication de *ses actes, livres et papiers;* ils sont sous les scellés. Mais une fois le syndicat formé, le ministère public peut requérir des syndics, avant, pendant et après l'inventaire, en un mot, *à toute époque depuis le jugement déclaratif*, la communication mentionnée dans l'art. 483, ce qui, à notre avis, implique le droit de requérir le lief des scellés et la confection de l'inventaire, parce que *qui veut la fin veut les moyens.*

Telle est la délimitation exacte des pouvoirs du ministère public en matière de faillite.

Pourquoi cette délimitation? Pourquoi surtout cet article 483, marquant avec tant de précision la phase de la faillite où le procureur impérial a le droit de s'y montrer et d'adresser aux syndics des réquisitions? Si la loi commerciale n'eût pas entendu modifier, quant aux faillites et banqueroutes, le pouvoir que la loi commune a donné à ce magistrat de poursuivre *en tout temps* les délits et les crimes, quel besoin de parler de lui? Le moyen le plus simple de lui laisser ce pouvoir tout entier, c'était de n'en rien dire, et de passer sous silence jusqu'au nom même de *procureur impérial;*

Et quand, d'un autre côté, dans la loi tout entière, il ne se trouve pas un seul texte, ni dans un seul texte, un seul mot qui révèle ou qui même fasse soupçonner la plus légère intention d'armer le ministère public d'un pouvoir antérieur au jugement déclaratif, qui pourra jamais croire qu'un tel silence soit l'effet d'une omission ou d'un oubli involontaire?

Aussi la jurisprudence et la doctrine que nous pensons devoir combattre, ne s'appuient-elles sérieusement sur aucun texte de la loi marchande. Elles se retranchent, l'une et l'autre, dans l'art. 4 du Code d'instruction criminelle, qui déclare l'action publique indépendante de l'action privée, mais non pas *essentiellement* indépendante, comme le dit la Cour suprême (arrêt de 1811).

Nous ferons voir qu'il est des cas exceptionnels, au nombre desquels est éminemment la banqueroute. Nous croyons l'avoir déjà démontré. Mais, après tout, poser un principe, c'est prendre l'obligation de le suivre dans ses corollaires. Si donc le ministère public peut exercer l'action en banqueroute sans le préalable du jugement consulaire dont il est parlé dans l'art. 440, et qu'il estime que le délit soit *flagrant*, il pourra, il *devra* même se transporter, sans aucun retard, au domicile du commerçant, ou peut-être du non-commerçant qu'il se propose de poursuivre en banqueroute frauduleuse, *pour y dresser procès-verbal du corps du délit* (art. 32 C. instr. crim.), et faire emporter *dans un sac* (art. 38 du même Code) les livres, actes *et papiers* pouvant établir contre ce commerçant ou non-commerçant *la conviction, v. g.*, « qu'il « s'est constitué, soit dans ses écritures, soit par des actes « publics ou des engagements sous signature privée, dé- « biteur de sommes qu'il ne devait pas; » en un mot, pouvant *servir à conviction* contre lui de quelqu'un des faits énoncés dans l'art. 594...; inquisition inouïe qui n'irait à rien moins qu'à l'entière abolition du commerce! Car l'examen de la correspondance de l'inculpé, le dépouillement de ses papiers et de sa correspondance divulgueront nécessairement les noms et les affaires de ses correspondants, et cela dans un temps où l'innocence est légalement présumée ! Or, rien ne doit être plus respecté, que le secret des affaires privées (1), et surtout le *tecum*

(1) C'est la pensée qu'exprimait si noblement et en si beau langage M. Odilon Barrot devant la chambre des représentants, séance du 13 décembre 1850, au sujet d'un projet de loi sur la répression de l'usure.

« Pourquoi, disait cet éloquent orateur, la loi de 1807 a-t-elle « placé le délit dans la multiplicité des faits, dans leur ensemble, « dans leur généralité, dans leur habitude, et non pas dans leur « individualité particulière?

« Est-ce une inconséquence, un défaut de logique, ou un outrage « à la morale publique? Non, messieurs; c'est un sentiment très- « vrai des limites que la loi pénale doit toujours respecter, sous « peine de faire une invasion dangereuse dans les affaires privées « des citoyens. » (Très-bien! très-bien!) *Moniteur* du 14 décembre 1850, col. 1re, v°.

habeto des opérations commises au commerçant : *Inter mercatores usus est eorum negotia et suos corresponsales nemini pandere, ac omnia secretiori vià agere* (Casareg., Disc. 58, n° 14). Cependant, si le ministère public peut poursuivre pour banqueroute frauduleuse, en vertu du seul art. 4 du Code d'instruction criminelle, il est conséquent qu'il puisse aussi constater les faits et recueillir ses preuves de la manière prescrite par les art. 32, 37 et 38 du même Code. *Qui veut la fin veut les moyens.*

Sans doute, on n'a jamais vu et certes on ne verra jamais le ministère public s'engager dans une procédure aussi monstrueuse; mais son abstention elle-même, que prouve-t-elle autre chose sinon qu'il reculerait devant les déductions logiques du seul principe dont il s'autorise? Or, détourné de son application naturelle, un principe sage et vrai à l'égard des matières qu'il a pour objet de régler, est évidemment un principe faussé, quand celui qui l'invoque n'oserait pas en pratiquer les conséquences nécessaires.

Voilà jusqu'où l'on est conduit quand on veut transporter des lois faites pour un ordre de choses dans un autre ordre de choses !

C'est qu'en effet, le délit et le crime de banqueroute sont un crime ou un délit qui ne peut être commis que par des commerçants, et uniquement dans le commerce; nous avons presque dit qu'il y est *localisé.* La preuve, c'est que le débiteur en déconfiture peut impunément se permettre tout ce qui constitue l'une et l'autre banqueroute. On respecte en lui, à la différence du commerçant, le droit de propriété, jusque dans l'usage immoral qu'il lui a plu d'en faire (V. *suprà*, n°s 2 et 20). Par exemple, la violation d'un dépôt, qui, sous le Code de 1807, était un fait de banqueroute frauduleuse, ne constitue aujourd'hui qu'un délit simple. Si donc j'ai déposé chez Jacques, qui n'était pas encore en faillite, une somme ou valeur de 60,000 fr., et qu'il ait détourné ce dépôt, sa méchante action, il est vrai, ne restera pas impunie. Le ministère public le poursuivra pour ce fait avant tout jugement déclaratif. Mais quelle sera la peine? Deux ans, ou deux mois peut-être,

d'emprisonnement correctionnel (art. 408 C. pén.). Au contraire, si Jacques, commerçant failli, a détourné sa montre, ses rasoirs ou son manteau, il aura encouru la peine afflictive et infamante des travaux forcés, à coup sûr, pendant cinq ans, et peut-être durant vingt années! Ainsi Jacques est cent fois plus coupable et plus puni pour avoir déplacé sa propre chose (car, bien que failli, il n'en reste pas moins propriétaire) (1), que s'il eût volé la propriété d'autrui! Il ne fallait rien moins que la toute-puissance d'une loi *sui generis*, pour créer une fiction qui répugne tant au droit naturel (2).

Aussi n'est-ce pas le Code pénal qui fait de la banqueroute un crime ou un délit. Les délits et les crimes que définit ce Code sont tous des faits défendus à tous, tantôt par la loi sociale, le plus souvent par la loi naturelle. Mais c'est le Code de commerce qui définit l'une et l'autre banqueroute (art. 585, 586, 591). Le Code pénal n'est que le tarif de la peine encourue par l'auteur (art. 402), et par le complice (art. 593). Il est même certains faits qui ne sont pas des faits constitutifs de la complicité, et dont la peine n'est édictée que par le Code marchand (art. 594, 596, 597).

Le commerce ayant donc son Code pénal propre, et la banqueroute étant spéciale au commerce, il appartenait à la loi commerciale de préciser le moment où le ministère public pourrait intervenir. C'est ce qu'elle a fait par son art. 483, suivant lequel la fonction du procureur impérial ne peut commencer *qu'après le jugement déclaratif.* C'est là, ou il n'en fut jamais, une dérogation expresse, *une disposition expressément contraire* à l'art. 4 du Code d'instruction criminelle pour tout le temps antérieur à la faillite déclarée. Or, rien de plus rationnel.

En effet, si le ministère public peut ourdir sa procédure en banqueroute avant le jugement déclaratif, n'est-il pas évident qu'il décide *à priori*, et qu'il décide seul dans son

(1) V. M. Renouard sur l'art. 443, t. 1, p. 281.

(2) Les lois de la banqueroute simple sont des fictions de la même espèce.

parquet, ou que la faillite existe comme un fait accompli, ou que, du moins, elle existe *suffisamment* pour légitimer sa plainte, sauf à en prouver plus tard, s'il le peut, la complète existence, prérogative effrayante et non moins irrationnelle; car, lorsque de cent créanciers tous stimulés par des intérêts divers et fort souvent opposés, tous plus ou moins irrités contre le débiteur s'ils le croyaient un malhonnête homme, il ne s'en trouve pas un qui provoque sa mise en faillite; quand le tribunal de commerce, qui peut la prononcer d'office, ne la prononce pas, lui, défenseur officiel des intérêts du commerce, et, en cette matière, gardien de l'intérêt social, il y a cent probabilités contre une que le ministère public est dans l'erreur, que son noble zèle pour le bien de la société l'emporte au delà de ses pouvoirs, *decipitur specie recti;* et cent autres probabilités contre une, s'il y a cessation, ou, pour dire plus vrai, suspension tacitement conventionnelle de payements (1), qu'une déclaration de faillite par le juge prononçant *ex officio* serait aussi injuste à l'égard du débiteur que con-

(1) La loi n'impose pas plus aux créanciers l'obligation de provoquer la déclaration de faillite, qu'au tribunal de commerce de la prononcer d'office. En cela, tout est discrétionnaire. L'intérêt privé a ses convenances qu'il consulte; l'intérêt public, ses exigences que le juge apprécie. D'un autre côté, si l'un des créanciers a toujours le droit d'accorder un terme défini ou indéfini à son débiteur (ce qui est incontestable), le même droit appartient à chacun des autres créanciers.

Or, *qui a terme ne doit rien* (art. 1186 C. civ.).

Par conséquent, dans notre hypothèse, que chaque jour voit se réaliser, il n'y a pas cessation, mais seulement suspension conventionnelle de payements, convention qui peut indifféremment et valablement être tacite ou expresse. Pour le cas où le terme est défini, V. *suprà*, n° 22.

Le Code de commerce de la Belgique a organisé et réglementé un état intermédiaire entre la faillite et la position normale du commerçant : c'est le *sursis de payements*. Il diffère de la suspension conventionnelle. en ce que celle-ci exige l'adhésion de tous les créanciers, et n'a besoin d'aucune sanction judiciaire. Le *sursis* s'impose à la minorité des créanciers, mais il doit être prononcé par la justice, la Cour d'appel, dans certaines limites, avec des garanties et des formalités prescrites. Il n'est accordé qu'au commerçant dont l'actif suffit à payer le passif, et qui, par suite de circonstances extraordinaires et imprévues, est contraint de cesser temporairement ses payements (art. 593 et suiv.)

traire à l'intérêt public et funeste aux intérêts privés. Il ne faut jamais outrer les choses.

Durant tout son commerce, le commerçant vit et agit sous deux surveillances qui rarement sommeillent : 1° celle des personnes qui, faisant des affaires avec lui, sont plus intéressées qu'on ne paraît le croire à observer d'un œil attentif les fluctuations de sa fortune, le bon ou le mauvais succès de ses entreprises et les variations de son crédit, thermomètre presque toujours vrai de sa solvabilité; 2° celle d'un tribunal de marchands, où viennent aboutir les protêts, les assignations, recours, comptes de retour, etc., etc., et qui, par un *proprio motu*, peut le déclarer failli, et s'assurer de sa personne. Sans doute, cette double surveillance n'empêchera pas plus le retour ordinaire des faillites, que la sollicitude du ministère public le retour habituel des délits, des crimes et des contraventions. Des contraventions, des délits, des crimes, des faillites, des banqueroutes, il y en aura toujours plus ou moins. Mais il faut rester dans les limites du possible. Le législateur l'a compris, et *hæc est ratio legis*. Voilà le motif de l'art. 483.

La faillite une fois déclarée, la police en appartient au procureur impérial, et, si le cas y échet, c'est alors le temps des répressions exemplaires que l'intérêt public commande, et qu'exigent surtout le crédit commercial et l'intérêt du commerce.

49. — Nous avons prouvé qu'en fait de banqueroute, le pouvoir du procureur impérial ne commence qu'au moment marqué par notre art. 483. On pourra nier cette vérité; on la niera même, vu la longue habitude où est la Cour suprême de juger le contraire, et tant est imposant un pareil préjugé ! On la niera encore, par la raison que rien ne coûte moins que de nier; il n'y a que la preuve qui coûte. Mais nier, ce n'est pas argumenter, et nous ne craignons pas que notre principe puisse être ébranlé par aucune argumentation. Nous sommes dans le vrai, et, tôt ou tard, la vérité reprendra son empire. D'un autre côté, quand l'art. 483 permet au ministère public de paraître,

le jugement déclaratif est rendu. Or, y eût-il une plainte et *une partie civile*, tant que le ministère public n'aura pas d'action, il ne pourra y avoir ni prévention, ni accusation de banqueroute. Ici pourrait donc se terminer notre controverse. Cependant, ce qu'il nous reste à dire étant de nature à donner un nouvel éclat à la vérité déjà démontrée, passons surabondamment à l'examen de cette question qui était celle de l'arrêt de 1838 : « Dans une accusation « de banqueroute frauduleuse, le jury a-t-il caractère pour « déclarer l'accusé *commerçant failli?* »

50. — En d'autres termes : Si, les débats n'étant pas encore ouverts, l'accusé, non déclaré *commerçant failli* par un jugement du tribunal de commerce, soutient qu'il n'est pas commerçant, ou que, étant commerçant, il n'est pas en faillite, est-ce là une question *préjudicielle* qui doive, avant tout, être renvoyée au jugement du tribunal de commerce?

La Cour de cassation a jugé la négative, et les autres Cours se sont soumises à sa jurisprudence. Mais il ne sera pas sans intérêt de connaître la primitive origine et la cause de cette uniformité.

Le 5 novembre 1813, tous les magistrats de la Cour de cassation s'étant réunis, ils discutent, puis décident *à l'unanimité* un grand nombre de questions *sur la compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police.*

Le 12, autre réunion dans laquelle, *lecture faite des décisions ci-dessus et de leurs motifs, la rédaction est approuvée à l'unanimité.*

Au pied est écrit : *J'adhère à toutes les maximes ci-dessus. 3 novembre* 1813. (*Signé*) Merlin.

Dans son traité de l'*Action publique*, n° 167, M. Mangin nous apprend que la Cour suprême avait senti la nécessité *de poser des principes qui pussent la guider en matière de questions préjudicielles, dont la solution repose rarement sur le texte de la loi.* L'on voit encore dans le même ouvrage que la délibération, rédigée sous le titre de *note*, fut conservée par M. le président Barris, oncle du président actuel portant le même nom ; et que ce digne

et savant successeur de son illustre parent dans la présidence de la section criminelle a communiqué la *note* à M. Mangin, qui l'a transcrite en entier dans son n° 240.

Sans doute, rien n'est plus à désirer qu'une jurisprudence uniforme dans la Cour régulatrice sur une matière de cette importance, et l'on ne peut trop applaudir au zèle de magistrats suprêmes s'éclairant réciproquement pour atteindre un but si louable. Mais il n'est si bonne chose qu'elle n'offre aussi quelque inconvénient. Par exemple, tous les pourvois qui seraient formés plus tard dans les espèces prévues se trouvaient jugés d'avance. Les mémoires, les observations des savants avocats qui furent de tout temps l'orgueil du barreau français, et le plus bel ornement du sénat judiciaire devant lequel ils militent pour la loi, étaient frappés d'nne complète inutilité, *in vanum laboravérant*. C'était clore les débats avant les débats commencés, et prendre le *Répertoire* pour le *nec plus ultrà* de la science du droit, tandis que la Cour suprême abondait, comme aujourd'hui, en magistrats plus véritablement jurisconsultes que Merlin. Voilà ce qui explique l'uniformité de motifs qu'on peut remarquer dans tous ses arrêts sur la matière des banqueroutes.

La *note* entière se divise en neuf paragraphes ou numéros (1) ; comme il n'y èst pas explicitement parlé de la banqueroute, nous en transcrirons seulement ce qu'on y rattache par une application générale.

« Il est de principe, est-il dit n° 2, que tout juge com-
« pétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est,
« par là même, pour statuer sur les questions qui s'élèvent
« incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces
« questions fussent hors de sa compétence si elles lui
« étaient proposées principalement (L. 1, C., *De ordine*
« *cognit.* ; L. 3, C., *De judiciis*) (2). »

(1) Il y est traité des cas où la violation des contrats rentre dans l'application de l'art. 408 du Code pénal, des exceptions proposées par un individu accusé de bigamie, par un accusé déclaré coupable d'avoir homicidé son père adoptif, et qui constate la validité de l'adoption, etc., etc.

(2) Ceci est transcrit *totidem verbis et syllabis*, comme beaucoup

On voit que le principe est posé d'une manière absolue. Voici l'application qu'on en fait à l'accusation de banqueroute :

Lorsque, sans jugement déclaratif, un individu est traduit à la Cour d'assises comme banqueroutier frauduleux, s'il dit pour sa défense qu'il n'est pas *commerçant* ou qu'il n'est pas *failli*, et qu'il demande son renvoi devant le juge consulaire, ce n'est pas là une question *préjudicielle* qui doive être jugée avant l'accusation ; c'est une exception proposée, *une question d'état incidemment élevée dans le procès de banqueroute*, qui doivent être jugées en même temps que la banqueroute par le même juge et par le même jugement. Or, le jury a caractère pour constater le fait de la banqueroute. Il a donc aussi caractère pour constater le fait de la faillite.

Il est de principe ! Mais sur quoi donc le principe est-il fondé ? Ce n'est pas sur le texte d'une loi française ; il n'en existe aucune qui consacre un tel principe. S'il en eût existé une, M. Mangin nous en aurait parlé, la *note* l'eût citée. A défaut, elle invoque l'autorité de deux lois romaines. Voyons donc d'abord ce que dit la loi **1, C.**, *De ordine cognitionum*.

Un certain Vitalius ayant intenté une accusation criminelle contre un citoyen romain, celui-ci excipa de ce que l'accusateur était esclave (1), et l'exception fut proposée *in limine litis* (2). Alors Vitalius présenta à l'empereur

d'autres choses, du *Répertoire universel de Jurisprudence* (V. ce *Répertoire*, v° *Question d'état*, § 3).

(1) Un esclave ne pouvait accuser personne, si ce n'est dans certains cas déterminés et rares, *v. g.*, le crime de *lèse-majesté*.

(2) Il est certain que les délais de la *postulatio* étaient alors expirés. Par la *postulatio*, on demandait au magistrat la permission d'accuser une personne désignée. Le magistrat constatait cette déclaration et la prestation du *serment de calomnie* exigé du suppliant. Ce procès-verbal restait affiché au *forum* pendant le nombre de jours fixé par le magistrat, après lesquels l'accusateur se présentait de nouveau devant lui, et était reçu à dénoncer officiellement le nom de l'inculpé, la nature du crime et ses principales circonstances. Il en était dressé un autre procès-verbal. C'était le *libellus inscriptionis* dont il est parlé au Dig., liv. 48, l. 3, *De accusat. et inscript.* Le procès ne commençait qu'alors, et c'est nécessairement à

une supplique par laquelle il concluait à ce qu'il fût permis de poursuivre son accusation *avant la constatation de son état*, et Alexandre répondit : Puisque tu te dis fondé sur l'état de ta famille, il faut, avant tout, que, selon le droit ordinaire, le président constate si tu es esclave ou libre. Ce préalable rempli, il ne lui restera plus aucun doute sur ce qu'il devra statuer touchant l'accusation : *Cùm et ipse confessus es statûs te controversiam pati, quâ ratione postulas priusquàm de conditione constaret tuâ accusandi tibi tribui potestatem contrà eum qui te servum esse contendit; cùm igitur (sicut allegas) statu tui generis fretus es, juxtà jus ordinarium præsidem pete qui, cognitâ priùs liberali causâ, ex eventu judicii, quid de crimine statuere debeat non dubitabit* (1).

En vérité, nous avons peine à comprendre comment on a cru pouvoir invoquer cette loi à l'appui d'un système d'après lequel, s'il eût été suivi à Rome, l'accusation et la question d'état auraient dû se décider ensemble par un seul et même jugement, comme on décide aux assises par un seul et même *verdict*, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, la question de faillite et la question de banqueroute frauduleuse.

Mais, dira-t-on peut-être, le rescrit prouve, du moins, que le même juge prononçait sur la question d'état et sur l'accusation.

C'est encore une erreur. Le mot *statuere* signifie rarement dans les lois, et spécialement il ne signifie pas, en cet endroit, prononcer le jugement décisif, *dirimere quæstionem*. Il signifie aussi *præscribere* (Vicat, v° *Statuere*), marquer, prescrire quelque chose; en style de palais, *ordonner ce qu'il sera vu appartenir*, *ce que le juge verra bon être*, et c'est en ce dernier sens qu'il faut entendre ici le verbe *statuere*. En voici la raison :

Une question de liberté ne pouvait être agitée pour

ce point de la procédure que le citoyen dénoncé par Vitalius avait proposé sa fin de non-recevoir.

(1) Ce rescrit n'est pas une affaire de correspondance. C'est un jugement souverain rendu sur requête par César lui-même, en vertu de sa suprême et universelle juridiction.

recevoir jugement, que devant un magistrat de premier ordre, comme étaient, *v. g.*, les consuls, le préfet du prétoire dans la ville de Rome, et les présidents ou autres lieutenants de l'empereur dans les provinces (C., liv. 3, tit. 22, l. 6). Ils étaient, *vice sacrâ*, les seuls juges, et conséquemment les juges ordinaires d'une *causa liberalis* sur laquelle le prince, *penès quem dicebatur esse omnis juridictio*, ne s'était pas réservé ou ne s'était pas chargé de prononcer lui-même (D., liv. 4, tit. 8, l. 32, § 7). *Causæ statûs*, dit Gothofredus sur cette loi, *exigunt* maximos *judices*, expressions de la loi elle-même. Une question de liberté, fût-elle incidemment soulevée dans un procès criminel, ne pouvait donc être soumise, ni à un juge donné, ni à un juge délégué, ni même à des jurés (*judices*) (1), bien que le principal office, peut-être même le seul office de ces jurés, fût de prononcer sur les accusations criminelles, *publica judicia* (2).

Avec ces simples notions, on s'explique aisément le rescrit d'Alexandre.

La question de liberté ne pouvant être jugée que par le *maximus judex* de la province, pas de renvoi possible devant un autre juge.

Mais il devait la juger avant de rien statuer sur l'accusation, et la raison en est sensible :

Par exemple, que Vitalius succombât sur la question de liberté, il n'était pas recevable, et tout litige était fini.

Si Vitalius triomphait, le président avait l'option entre plusieurs manières de *statuer* :

Il pouvait donner un juge, *judicem dare*, ou saisir un juge délégué. Il pouvait aussi renvoyer l'affaire à des jurés, et, dans ce cas, un préalable essentiel était à remplir : il fallait que l'accusateur fût autorisé à faire les informations (3), et qu'il les fît dans le délai fixé par l'ordon-

(1) Dans les provinces, ces jurés étaient appelés *recuperatores*.

(2) C'est un point historique controversé. Mais toujours est-il certain que les anciens auteurs ne parlent de ces *judices* qu'à l'occasion de *jugements publics*.

(3) On pouvait compter sur son zèle ; car, lorsque l'accusation était jugée fausse et calomnieuse, l'accusateur subissait la peine

nance présidentielle. Les informations faites, et le jour des assises déterminé, toujours par ordonnance du président, celui-ci avait encore l'option de procéder lui-même au tirage du jury ou d'y faire procéder par un délégué qui prenait le titre de *judex quæstionis*, et présidait aux débats. Enfin, en vertu de sa pleine et souveraine juridiction (1), le *præses provinciæ* pouvait prononcer lui-même sur le sort de l'accusé, cas exceptionnel fort rare (2).

Mais auquel de ces partis s'arrêterait le président, ou même aurait-il à prendre un de ces partis? Il ne pouvait le savoir avant la décision de la *causa liberalis*, que lui seul pouvait juger, et c'est ce que le rescrit fait très-bien entendre.

Cela nous paraît évident, car l'empereur n'a pas pu vouloir dire qu'une fois Vitalius déclaré libre, le président n'aurait plus aucun doute sur le bien ou le mal fondé d'une accusation seulement formulée dans le *libellus inscriptionis* (3), et sur laquelle aucunes informations n'avaient encore été faites.

Il nous semble donc qu'en tout sens, loin de conclure pour le *Répertoire universel*, la loi citée conclut contre.

51. — Observons cependant que, dans l'espèce du

qu'aurait subie l'accusé s'il eût été déclaré coupable. Celui-ci, de son côté, pouvait assister, par un mandataire, à tous les actes d'instruction, et préparer ainsi sa défense.

(1) Le président d'une province représentait l'empereur immédiatement, *vice sacrâ*; et comme l'empereur, représentant unique du peuple souverain, avait la triple puissance consulaire, proconsulaire et tribunitienne, il s'ensuit que le président réunissait en lui tous les pouvoirs judiciaires de tous les magistrats de la ville de Rome ensemble : *Ex omnibus causis de quibus vel præfectus urbi, vel præfectus prætorio, itemque consules et prætores cæterique Romæ cognoscunt, præsidum provinciarium est notio* (D., lib. 1, l. 10, *De off. præsid., etc.*). Le même droit illimité est rappelé dans la loi 12, *eod. tit.*

(2) Comment, en effet, ce haut magistrat aurait-il pu juger toutes les accusations et vaquer aux soins multipliés de son gouvernement?

(3) Les *libelli inscriptionum* étaient, à bien dire, la même chose que nos *actes d'accusation*. Les questions que le *judex quæstionis* devait soumettre au jury étaient littéralement extraites du *libellus inscriptionis*. La loi 3, D., liv. 48, tit. 2, ci-dessus rappelée *in notis*, prescrit minutieusement la forme de cet acte solennel.

rescrit, c'est l'état de l'accusateur qui est incidemment mis en question, et telle n'est pas l'espèce d'une accusation de banqueroute. On n'y conteste pas son état au ministère public. Ce qu'on lui conteste, c'est la compétence.

Mais, tout auprès de la loi 1, il en est une autre, la loi 3 *eod. tit.*, laquelle est au *Corpus juris* de Gothofredus (1) sous la rubrique suivante: *Quandò pœna delicti pendet à statu, quæstio statûs priùs dirimenda est*, et c'est précisément notre espèce. En effet, la peine des travaux forcés pour cinq ou vingt ans (art. 402 et 19 C. pén.) ne peut être appliquée que si l'accusé a l'état de *commerçant failli* et est, par cela même, privé de la cité comme un esclave l'était à Rome. Ici donc, LA PEINE DU DÉLIT DÉPEND DE L'ÉTAT.

Cette loi 3 est ainsi conçue: *Si crimen* aliquod *inferatur ei quam* ingenuam *esse dicis, antè liberalis causa suo ordine agi debet, cognitionem suam præside præbente : quoniàm necesse est antè sciri, si delictum probatum fuerit, utrùm in liberam et ingenuam, aut in ancillam, constitui oporteat* (*judicium*) (2). « Si une accusation quelconque « est portée contre celle que tu dis née libre, il faut, « avant tout, agiter la question d'état, *suivant son ordre « naturel*, devant le président qui en prendra connais« sance, parce qu'il est nécessaire et préalable de savoir, « pour le cas où le délit vînt à être prouvé, si le jugement « doit être rendu contre une personne ingénue et libre, « ou contre une esclave. »

Pourquoi fallait-il juger préalablement la question d'état? C'est que, pour des faits identiques, on punissait l'es-

(1) Godefroy, né à Paris le 17 octobre 1549, mort à Strasbourg le 17 septembre 1622. M. d'Aguesseau, 2, 5, p. 225, après l'avoir mis au rang des premiers critiques du dix-septième siècle, ajoute qu'on peut justement l'appeler le plus docte et le plus profond des interprètes des lois civiles.

(2) Cette loi est encore un rescrit du même empereur Alexandre qui vivait au temps des plus grands jurisconsultes de Rome. On sait que les rescrits étaient rédigés par un ou plusieurs jurisconsultes, ou du moins par leur conseil, le plus souvent par le préfet du prétoire dont le principal office était de juger les procès avec l'empereur, ou pour l'empereur *vice sacrâ*.

clave autrement que l'homme libre (D., l. 16, § 3, *de pœnis*) ; et, comme le *commerçant failli* peut seul, parmi nous, se rendre coupable du crime de banqueroute, ainsi, à Rome, l'esclave, ayant seul un propriétaire, pouvait seul attenter contre un maître dont il fût la chose. Son état était donc aussi *un élément* (1) *nécessaire* d'un crime unique en son genre. Cependant le magistrat ne pouvait passer à la *cognitio* de l'accusation, quel qu'en fût l'objet (*crimen aliquod*), qu'après le jugement de la *causa liberalis*. Ainsi, soit que la question d'état concernât l'accusateur, soit qu'elle concernât l'accusé ; que le fait contesté fût ou ne fût pas *un élément* du crime, toujours la question d'état avait la priorité, selon son ordre logique. C'était, à Rome, un principe universellement reçu depuis plusieurs siècles, lorsque Justinien le confirma dans ses Institutes, liv. 4, tit. 6, § 18, en assimilant aux droits réels, et en mettant au nombre des actions *préjudicielles*, les droits et les actions qui concernaient le *status*, et cela avec raison ; car, comme le dit fort bien M. Bonjean (dans son excellent traité *Des actions civiles chez les Romains*) : « Les qualités qui constituent l'état des personnes sont de « véritables droits absolus envers tous, » et c'est aussi le principe posé par Donellus : *Ubi quis sententiâ judicis ingenuus pronunciatus est, hæc sententia prodest ingenuo* adversùs omnes..., *etiàm qui* in judicio non fuerint (Don., ad. tit. 19, lib. 4, C., *De probat.*). « Dès que quelqu'un « a été proclamé libre par la sentence du juge, cette sen- « tence le protége contre tous, même contre ceux qui n'é- « taient pas parties dans le procès. »

L'analogie est frappante entre le jugement qui intervenait à Rome sur une *vindicatio in servitutem*, et le jugement consulaire qui prononce sur une demande en déclaration de faillite, déclaration qui entraîne la perte des droits de citoyen et autres dont il est parlé *suprà*, n° 20. L'état de faillite est aussi un triste et dur esclavage. Une fois donc que le jugement a rejeté la demande, et qu'il a

(1) Nous ne transcrivons ici le mot *élément* que sous toutes réserves (V. *infrà*, n° 60).

acquis l'autorité de la chose jugée, le commerçant reste, à l'égard de tous, *adversùs omnes*, en possession de son état de commerçant, *integri statùs*. Il serait, en effet, contraire à l'intérêt du commerce et au bon ordre de la société que l'honneur et l'état d'un commerçant pussent être journellement remis en question, pour quoi que ce soit d'*antérieur* au jugement qui l'a déclaré non failli.

52. — Ce principe, quelle qu'en doive être la faveur, est cependant contesté. Il l'est surtout par M. Renouard, t. 2, p. 449. Après avoir invoqué l'*indépendance absolue* de la juridiction criminelle, et l'antériorité du fait de la cessation de payements au jugement qui pourrait constater ce fait, objections réfutées (*suprà*, n[os] 32 et 33) sur lesquelles nous n'avons pas à revenir, l'auteur en déduit la conséquence que la justice répressive n'est aucunement enchaînée par un jugement commercial, *négatif de l'état de faillite*. La logique, prétend M. Renouard, *commandait d'aller jusque-là*.

Et pourquoi la logique devait-elle aller si loin ? C'est que « autre est la force d'un fait positif et celle d'un fait « *purement* négatif. Après qu'un tribunal a déclaré que « la preuve d'opérations de commerce, ou de cessation de « payements n'a pas été administrée devant lui, la « raison ne se refuse pas à admettre que cette preuve « puisse être ensuite fournie devant un autre tribunal. »

Mais, selon le même auteur, si le jugement commercial a déclaré la faillite, c'est différent. S'agissant alors d'un jugement affirmatif, le tribunal correctionnel, le jury lui-même, doivent prononcer *secundùm regulam rerum judicatarum ;* car, « nier la preuve légalement faite de l'état « de faillite devant le tribunal qui, spécialement institué « pour constater cet état, a par là créé pour le failli une « condition sociale toute nouvelle, et modifié (1) profon-

(1) *Modifié* n'est pas le mot. Eût-il perdu son avoir par l'événement le plus imprévu, le plus irrésistible, *v. g.*, le feu du ciel, les pillages, les confiscations révolutionnaires, etc., etc , le failli n'a plus de cité. Il est mulcté (V. *suprà*, n° 20., comme *coupable de malheur.*

« dément jusqu'à son existence politique, ce serait violer « la chose jugée, ce serait vouloir que ce qui est ne soit « pas. »

En lisant ces lignes, il nous a semblé lire une de ces argumentations artificielles par lesquelles le procureur général Merlin essayait de faire croire à la Cour de cassation que tous, indistinctement, commerçants ou non-commerçants, pouvaient être déclarés banqueroutiers frauduleux (V. *suprà*, n° 7, *in notis*).

La distinction qu'on veut faire entre un jugement négatif et un jugement affirmatif de l'état de faillite, est une distinction chimérique; car, *per rerum naturam*, il n'est pas de négation qui n'implique une affirmation corrélative et contraire. D'un autre côté, le Préteur des commerçants, le tribunal de commerce, n'est pas uniquement institué pour faire des faillis. Il est aussi spécialement institué pour protéger le commerçant dans son honneur, sa liberté, ses droits politiques, ses droits commerciaux, en refusant, s'il y a lieu, la déclaration de faillite; et, chose remarquable! toujours le jugement qui refuse est fondé sur un fait positif.

Qu'expose le poursuivant? Nécessairement, qu'il est porteur d'une créance commerciale, non acquittée à son échéance; sans cela, il ne serait pas recevable (art. 440). Il nie donc le payement de la dette, et, le plus souvent, il ajoute que d'autres créanciers ne sont pas plus payés que lui. Si le poursuivi soutient avoir tout payé, avoir constamment continué de payer, et que, vérification faite, son assertion soit démontrée pour le juge, il est évident que le jugement négatif de l'état de faillite repose sur un fait affirmatif. La négation venait du poursuivant qui prétendait, à tort, n'avoir pas été payé. On voit que les objections subtiles partent toujours de la supposition d'un temps donné entre la cessation de payements et l'état de faillite. Or, cette supposition que fait implicitement l'arrêt de 1811, est contraire à la vérité (V. *suprà*, n°s 32 et 33).

C'est une nécessité que la loi regrette; mais, bon Dieu! que de gens aux yeux de qui le malheur est un crime!

Qui nie être en faillite affirme, par là même, avoir rempli ses obligations commerciales, et le jugement confirmatif de son affirmation est un jugement affirmatif.

Dans le système inverse, le demandeur qui a succombé pourrait toujours recommencer ; car toujours son déboutement est *négatif* de la créance qu'il s'attribue, et *la raison ne se refuse pas à admettre* que ce qu'il n'a pas prouvé une première et une seconde fois, il puisse le prouver à la troisième ou à la quatrième. La chose, en soi, n'est pas absolument impossible. Mais alors, quand finirait cette toile de Pénélope?

Maintenant, nous le demandons, si, selon M. Renouard, la justice criminelle, sans en excepter le *jury*, est tenue de respecter l'autorité de la chose jugée quand le jugement est affirmatif, pourquoi ne devrait-elle pas la respecter quand le jugement est négatif? Y a-t-il à cela ombre de justice et de raison?

Nous ne connaissons pas d'arrêt dans la jurisprudence française qui ait prononcé sur cette grave question. Mais la Cour d'assises de Liége (1) l'a jugée par un arrêt du 28 janvier 1828, dont voici la teneur:

« Vu les art. 437, 438, 440 et 594 du Code de commerce; 402, 43 du Code pénal;

« Attendu que le ministère public, chargé de provoquer « dans l'intérêt de la société la répression et la punition « des crimes, ne peut intenter l'action criminelle que pour « des faits réellement qualifiés tels par la loi;

« Attendu qu'aux termes des articles précités, et pour « les faits y énoncés, les commerçants en état de faillite « peuvent seuls être poursuivis comme banqueroutiers « frauduleux ; mais que, dès lors qu'il est constant que « cet état de faillite n'existe pas, lesdits faits ne sont au- « cunement réputés crimes, et ne donnent lieu conséquem- « ment à aucune action publique;

« Attendu que les tribunaux de commerce, en première

(1) Tous nos Codes, à quelques modifications près, sont en vigueur dans le royaume des Belges. La loi sur la faillite, revisée dans ce pays en 1851, est, en général, conforme à la nôtre.

« instance, et les Cours supérieures, en instance d'appel, « sont spécialement et exclusivement investis du pouvoir « de déclarer l'existence ou la non-existence de l'état de « faillite d'un commerçant ;

« Attendu, dans l'espèce, que par l'arrêt de la Cour « de Liége du 22 novembre dernier, porté sur appel inter- « jeté par Briers d'un jugement rendu par le tribunal de « commerce séant en cette ville, le 8 octobre précédent, « il a été souverainement jugé que Briers n'est pas en état « de faillite;

« Attendu que ledit arrêt, qui a fixé la qualité dudit « Briers, doit obtenir tous ses effets, même envers le mi- « nistère public ici en cause, et qu'il en résulte que l'ac- « tion de celui-ci tendante à faire déclarer le même « Briers en état de banqueroute frauduleuse, n'est pas « recevable ;

« Par ces motifs, la Cour déclare qu'il n'y a pas lieu « de procéder sur l'accusation de banqueroute fraudu- « leuse portée contre lui, et le renvoie des poursuites. »

Un arrêt si clair et si précis n'a besoin d'aucun commentaire. C'est une application solennelle et très-juste du principe posé par Doneau : *Ubi quis sententiâ judicis ingenuus pronunciatus est, hæc sententia prodest ingenuo* adversùs omnes, etiàm qui in judicio non fuerint (V. *suprà*, n° 51).

Mais, en dehors de sa stricte spécialité, cet arrêt donne lieu à deux observations importantes :

1° Si Briers eût été poursuivi en vertu de l'art. 4 du Code d'instruction criminelle, sans le préalable d'un jugement déclaratif, la Cour d'assises eût encore déclaré le ministère public non recevable, puisqu'elle énonce le principe, précédemment démontré par nous, que *les tribunaux de commerce, en première instance, et les Cours supérieures, en appel, sont* spécialement et exclusivement *investis du pouvoir de déclarer l'existence ou la non-existence de l'état de faillite.*

2° Briers déclaré failli en première instance s'était porté appelant. Si l'appel n'eût pas encore été vidé le jour de sa comparution à la barre criminelle, et qu'il eût

demandé un sursis, la Cour d'assises eût sursis, parce que l'arrêt de la Cour d'appel pouvait seule lui faire savoir s'il faudrait relaxer Briers ou le soumettre aux débats : *Quoniàm ex eventu judicii quid de crimine statuere deberet non dubitâsset* (L. 1, C., *De ord. cognit.*).

Mais, si quelqu'un déclaré failli par un jugement consulaire dont il s'est rendu appelant, ne concluait pas à un sursis, son silence à cet égard pourrait être regardé comme une désertion de son appel.

Que, s'il est traduit sans jugement déclaratif ou sans égard à un jugement négatif, il peut à bon droit, avant l'ouverture des débats, *proclamare in libertatem*, et décliner la juridiction de la Cour d'assises. Il y a plus : cette Cour doit d'*office* le renvoyer des poursuites, parce que, aux termes de l'art. 483 du Code de commerce, combiné avec l'art. 440 du même Code, dont il a pour objet d'assurer l'exécution, il s'agit alors d'un défaut absolu de pouvoir de la part du ministère public poursuivant, et, quant à la Cour d'assises, d'une incompétence absolue.

Les magistrats belges jugeraient-ils aujourd'hui de la même manière, nonobstant la *note* (1), si leur pays appartenait encore à la France qui n'en est qu'à deux pas? Ce serait leur faire injure que d'en douter. D'ailleurs, puisqu'on parle tant droit romain, en obéissant à leur conviction sur l'esprit et le texte de la loi des banqueroutes, ces magistrats, d'une ancienne province romaine, investis du pouvoir présidentiel en matière criminelle, ne feraient qu'obéir à la loi du 12, D., *De offic. præsid.*, d'après laquelle le président doit moins considérer *ce*

(1) L'adhésion de Merlin *aux maximes ci-dessus*, c'est-à-dire, à son *Répertoire universel*, est du 3 novembre 1813. La délibération de la Cour est du 5, avec la *seule* signature du célèbre procureur général. Comment cela se fait-il? *Lectoris erit divinatio.*

Une foule de questions très-ardues qui ne sont décidées par aucun texte de loi, et où il s'agit de l'honneur, de la liberté, ont été discutées, délibérées, résolues par une soixantaine d'opinants dans une seule séance. Comment cela a-t-il pu se faire? M. Mangin ne nous l'ayant pas dit, et la délibération étant bientôt plus que quadragénaire, on est bien en risque de ne jamais le savoir. Mais il nous reste toujours la maxime *In antiquis enuntiativa probant, etc.*



qu'on juge à Rome, que ce qu'on devrait y juger (1).

Quant à la loi 3, C., *De judiciis*, il est nécessaire d'en avoir le texte sous les yeux pour pouvoir bien apprécier l'explication que M. Mangin en donne dans son n° **168**, et l'application que la Cour suprême en a faite à sa *note'*: *quæstio statûs*, dit la loi, *bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet quò magis apud eum qui alioquin super causâ statûs cognoscere non possit, disceptatio terminetur.*

Quel était précisément le fait auquel se rapportait cette loi qui est encore d'Alexandre-Sévère? La loi ne le dit pas. Mais il nous paraît certain que c'était l'espèce d'une pétition d'hérédité, non-seulement parce que c'est ainsi que tous les bons interprètes du droit romain l'ont entendue, mais plus encore peut-être parce qu'il nous est impossible de concevoir une autre espèce à laquelle on puisse bien adapter les expressions de ce rescrit. Par exemple, si *Titius* se prétendant héritier *ex asse* de *Sempronius*, intente une action à *Mœvius* en restitution des biens de l'hérédité, dont celui-ci avoue être possesseur, mais en contestant à Titius sa qualité d'héritier, la question d'état concourt avec la demande ou question de propriété, ou, pour mieux dire, les deux questions se confondent; car, si Titius est héritier, il est propriétaire; s'il est propriétaire, c'est parce qu'il est héritier, et, s'il n'est pas héritier, il n'a rien à prétendre. Les deux questions n'ayant donc et ne pouvant avoir qu'un seul et même objet, le rescrit qui décide que le même juge peut les juger, et peut les juger ensemble, n'a donc rien que de très-rationnel. La division ne se conçoit même pas.

Il n'y a point ici de question *incidente*. La question incidente (nous en verrons bientôt un exemple) est une question soulevée en dehors de la formule. Auparavant, l'*interrogatiò in jure* a eu lieu, et c'est d'après les maintiens respectifs que le magistrat a dressé la formule qui fixe l'objet du litige, *quæ constituit judicium*. La déné-

(1) *Sed, licèt is qui provinciæ præest omnium Romæ magistratuum vice et officio fungi debeat, non tamen spectandum est* quid Romæ factum est quàm quid fieri debeat.

gation de l'état de *Titius* par *Mævius* était la contestation en cause, *lis contestata*, et nullement un *incident*. Voici donc le sens du rescrit : « Toutes les fois qu'une « question d'état *concourt* à une demande contestée (*dis-* « *ceptata*) de propriété, rien n'empêche que la contestation « ne se termine devant celui qui, hors le cas de ce con- « cours, *alioquin*, ne pourrait pas connaître de la question « d'état. »

Veut-on savoir maintenant en quels termes sont conçus le texte et la traduction de cette loi dans le *Répertoire universel de Jurisprudence*, d'où M. Mangin et la Cour suprême les ont littéralement copiés? *Toutes les fois* (dit le *Répertoire*), *qu'*incidemment *à une question de propriété, il s'élève une question d'état, le juge saisi de la première doit également connaître de la seconde, quoique d'ailleurs la connaissance des questions d'état lui soit interdite.*

Or, la loi n'a trait à aucun *incident*. Seulement, au mot *concurrit* qui est celui du rescrit, le traducteur a, par distraction, sans doute (1), substitué le mot *occurrit*, expression qui rappelle quelque peu l'idée d'une question *imprévue*, mais dont les jurisconsultes romains, si précis dans leur langage, ne se sont jamais servis pour marquer un incident. *Incidere* est le mot technique. Qui aurait jamais l'idée de dire : Il s'est élevé un *occurrent* dans tel procès?

Voilà comment une syllabe changée en une autre généralise une loi qui ne règle qu'un cas singulier, et qu'on applique ensuite à toutes les espèces que l'on veut.

Mais il y a encore quelque chose de plus curieux. Après nous avoir donné de la loi 3, C., *De judic.*, le texte et la traduction qu'on vient de lire, M. Mangin poursuit en ces termes, encore littéralement copiés du *Répertoire* de Merlin : « La loi 1, C., *De ordine judiciorum*, confirme et

(1) Nous n'avons pas seulement consulté nos *corpus juris*. Nous en avons compulsé plusieurs, entre autres, celui de Pacius, qui passe avec raison, pour le plus exact, et dans tous nous avons trouvé le mot *concurrit*. Pacius a dédié son travail à Cujas dont il avait été l'élève.

« développe cette décision (1) : Adressez-vous, dit-elle au « président de la province, et prouvez devant lui que le tes- « tament dont vous vous plaignez a été rompu par la « naissance subséquente du fils du testateur ; car, bien « que la question d'état soit hors de la sphère de sa juri- « diction, il ne lui sera pas pour cela défendu de pronon- « cer *incidemment* à votre demande ; car il appartient au « juge saisi de la connaissance de l'hérédité, d'examiner « dans toute son étendue la question incidente à laquelle « l'objet de la demande donne lieu ; et la raison en est, « qu'*en dernière analyse*, ce n'est pas sur cette question « incidente, mais sur l'hérédité seule qu'il prononce. »

Comment la plume d'un homme aussi instruit que M. Mangin ne s'est-elle pas arrêtée d'elle-même à l'instant où elle allait écrire que *les questions d'état sont hors de la sphère de la juridiction du président de la province !*

A la vérité, cette fois le texte est exactement conforme à celui du Code, et la traduction, littéralement exacte. Mais, quand on argumente du droit romain, est-il permis d'ignorer qu'en place de ces mots *allez trouver le président de la province*, il faut lire *allez trouver* le délégué *du président*....? Cette erreur de copiste qui s'est glissée dans la glose (*editio vulgaris*) a été rectifiée par tous les bons interprètes, entre autres par Cujas, qui s'exprime ainsi sur ces mots de la loi *notionem ejus : Ne dicas notionem præsidis ; ad eum enim pertinet cognitio causarum liberalium.* Il est dit dans la note 38 de Godefroy sur la même loi : *Sic lege* præsidis provinciæ *delegatum*, et plus loin il en donne la même raison que Cujas. Hotoman, lib. 6, observ. 6, après avoir dit que la loi a pour objet une pétition d'hérédité, en commence le commentaire en ces termes : « Avant toutes choses, il faut remarquer l'erreur de « la glose et de certains docteurs qui ont altéré le sens de « cette loi pensant qu'elle signifie que la connaissance de

(1) Ne dirait-on pas que cette loi a été, en quelque sorte, faite exprès pour servir de paraphrase à la loi 3, C., *de judic.*? Une loi *confirmée* et *développée* par une autre loi n'en a que plus d'autorité. Mais on n'a pas songé aux dates. Le présent rescrit est de l'an 204; l'autre de 225.

« la *causa liberalis*, ou question d'état, n'appartient pas au « président, ce qui serait le comble de l'absurdité : *Quod* « *esset absurdissimum, ut patet ex lege* 7, *Cod.*, *Ne de statu* « *defunct.*; L. 4, D. *Si ingen. esse dic.*; L. 5, C., *De or-* « *dine jud.*; L. 2, C., *De pedan. judic.* » Au reste, l'erreur se manifeste d'elle-même. Comment, en effet, les empereurs Sévère et Antonin auraient-ils pu vouloir dire que les questions d'état sont *hors de la sphère de la juridiction du président*, magistrat *à latere*, qui concentrait en lui, *vice sacrâ*, tous les pouvoirs, toutes les fonctions de tous les magistrats de Rome ensemble, et qui, loin d'être incompétent, avait seul compétence? Autant eût valu dire que César en personne était incompétent. Il s'agissait donc d'un délégué.

Mais cela n'enlève pas tout embarras. Il reste toujours à savoir si ce juge délégué pouvait aussi bien *prononcer* sur la question d'état que sur la pétition d'hérédité, et juger la double question par une seule et même sentence. Il l'aurait pu, sans nul doute, comme il le pouvait dans l'espèce précédente, si le procès ne fût pas sorti des limites de la formule. Mais, en dehors de ces limites, et *lite pendente*, une question d'état s'était *incidemment* élevée, et de là le doute. Hotomanus (*loc. cit.*) examine la difficulté, et, pour être mieux compris, il constitue comme il suit l'espèce du rescrit : « Sempronius, se prétendant héritier institué par « un testament, demandait l'hérédité à ceux qui la possé- « daient au nom d'un certain pupille. Le tuteur, de son « côté, soutenait que le testament était devenu caduc par « la naissance posthume du pupille. Voilà sur quoi la for- « mule avait été dressée, *quâ de re judicium constitutum*, « et il y avait eu contestation en cause, *lisque contestata* « *fuerat*, sans qu'il eût été fait aucune mention de l'état, « *nullâ de statu mentione interpositâ*. Le procès ainsi « pendant devant le juge Pédané, Sempronius prétendit « que le pupille n'était pas fils du défunt, alléguant peut- « être qu'il était né plus de onze mois à compter du décès. « Cette question extérieurement présentée (continue Ho- « toman) se nomme *incidente*, parce qu'elle surgit en « dehors de la formule qui a tracé le cercle de la contes-

« tation : *Hæc extrinsecùs oblata quæstio dicitur* incidens « *propterea quòd extrà formulam judicii constituti oborta* « *est*. Ce qui la distingue, c'est, d'abord, de constituer « une question préjudicielle, *est autem hujusmodi, primùm* « *ut præjudicialis sit*; en second lieu, d'excéder la compé- « tence du juge Pédané, *deindè, ut à Pedaneo disceptari* « *non possit*. » Après avoir résumé des raisons, plus ou moins spécieuses, qu'on peut induire pour ou contre, de certaines lois du Digeste et du Code, Hotoman applaudit au rescrit, et voici comme il l'entend : Ce n'est pas en ce sens que le juge délégué ait le droit de connaître de la question d'état pour en prononcer le jugement; il peut seulement en prendre une connaissance sommaire dans tous ses détails et dans toutes ses circonstances, pour pouvoir ordonner, par provision, ce qu'il jugera convenable ou d'urgence. Or, continue le jurisconsulte, « autre chose « est de connaître pour prononcer, autre chose de con- « naître brièvement, sommairement, incidemment; *aliud* « *est cognoscere pronuntiandi causâ, aliud, obitèr, som-* « *mariè, incidentèr*. » En effet, il ne faut pas confondre les mots *cognoscere*, *examinare*, et autres locutions semblables (*si quæ sint*), ni même le mot *jubere*, avec le mot sacramentel *pronuntiare*. — *Pronuntiare*, c'était prononcer de vive voix, ou lire à haute voix la sentence définitive en audience publique. La sentence prononcée, il ne pouvait plus y être rien changé. Le litige formulé (*judicium constitutum*) avait pris fin. Il y avait chose jugée, et novation complète de l'obligation première. Quand le demandeur avait gagné le procès, il ne lui restait plus que l'action *judicati*.

En preuve de sa doctrine, Hotoman indique au lecteur la loi 5, § 8, D., *De agnosc. et alend. liber, etc.* Cette loi peut ainsi se traduire : « Si Bavius nie être le père de « Mœvius, ou si celui-ci le dénie pour son père, et que « des aliments soient demandés, les juges connaîtront « sommairement de la double dénégation ; s'il appert que « l'un des contendants est le père ou le fils de l'autre, les « aliments seront décernés, si non, refusés. » *Si vel parens neget filium, idcircòque alere se debere contendat,*

vel filius neget parentem : summatìm judices oportet super eâ re cognoscere ; si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt. Cæterùm si non constiterit, nec decernent alimenta. Dans cette espèce, il s'agit, sans nul doute, d'une question d'état, incidente à une demande d'aliments. Si les juges eussent été compétents pour prononcer sur la question d'état, il eût été plus qu'inutile, nous allions dire, il eût été absurde, de leur ordonner d'instruire sommairement et de faire un décret, de rendre une ordonnance, sur la question des aliments; car, *qui peut le plus, peut le moins* (1). Cependant, on leur en fait un devoir. Mais ce devoir, ils ne pouvaient pas s'en acquitter aveuglément (*inconsultè*). Il fallait donc bien qu'ils fussent sommairement édifiés sur la question d'état pour avoir un motif, soit de refuser les aliments, soit de les décerner, et de les décerner à celui des deux adversaires qu'ils estimeraient être le père ou le fils *apparent*. Mais, quelle que fût leur résolution à cet égard, ils ne faisaient nul préjudice à la vérité dont les droits restaient entiers : *Non continuò veritati præjudicium fiet ;* parce que, nonobstant la connaissance qu'ils avaient prise du litige, et quel que fût le jugement (*existimatio*) qu'ils en avaient porté, ils rendaient seulement un décret sur la question alimentaire, sans rien décider sur la question d'état, qui, selon Hotoman, restait également intacte dans l'espèce de la loi 1, C., *De ordine judiciorum*, citée dans le *Répertoire universel*, et par M. Mangin, n° 168.

Godefroy entend cette loi absolument de la même manière. Voici le sens qu'il lui donne : « Adressez-vous au « juge délégué lui-même ; plaidez devant lui la cause du « testament rompu. Il appréciera incidemment la ques- « tion d'état ; non pour prononcer ouvertement sur cette « question ; mais s'il vient à penser que le défendeur ne « vérifie pas son *intentio*, pour qu'il lui donne l'ordre de « restituer l'hérédité au demandeur dont la naissance « prouve la rupture du testament. » *Respondent impera-*

(1) In eo quod plus sit semper inest et minus (L. 110, D., *De div. reg. jur.*).

tores adeundum ipsum delegatum; causam rupti apud eum agendam; statùs quæstionem incidentèr ab eo existimandam; non ut de eâ apertè pronuntiet: sed si fortè repererit rei intentionem non probari, hæreditatem actori (cujus agnatione testamentum defuncti ruptum esse probatur), restitui à reo jubeat.

Ce mot *jubeat* exige une explication :

Dans la pétition d'hérédité, comme dans toute autre revendication, la formule était *arbitraire* (Gaius, 4, 163). En vertu de cette formule élastique, le juge avait le droit de donner au *possessor* le *jussus* de restituer au *petitor* la chose revendiquée. Ce *jussus* ne constituait pas une condamnation. Il était au choix du possesseur d'y obéir ou de ne pas s'y soumettre. Mais, s'il y obéissait, il n'encourait aucune peine; il était absous (Gaius, *loc. cit.*), et le litige terminé sans condamnation. Au contraire, si le *jussus* n'était pas exécuté, le juge rendait une sentence qui condamnait le possesseur, non pas à restituer la chose, mais à payer l'estimation assermentée qui en serait faite par le revendiquant; et comme cette sentence était motivée et prononcée en audience publique, elle avait, à l'instant même, ainsi qu'on l'a déjà dit, l'autorité de la chose jugée.

Il ne reste plus qu'à savoir ce qu'il y avait de jugé, et quel effet produisait le jugé quant à l'état du mineur, incidemment contesté.

A ce point de vue, dit Doneau, il n'importe en rien qu'il fût dit dans le rescrit *le président* ou *le délégué* du président. Dans l'un et l'autre cas, l'effet de la sentence sera toujours le même.

« Supposez, continue le jurisconsulte, que le président « prononce en personne, et qu'il juge que l'hérédité « appartient au mineur; il dit, par cela même, que ce « mineur est libre. Aussi le possesseur ne pourra-t-il ja« mais revendiquer cette hérédité sur le fondement que « ce mineur serait son esclave; l'exception de chose ju« gée y ferait obstacle. » *Finge præsidem pronuntiare impuberis esse hæreditatem; re ipsâ eum liberum esse* dicit : *Neque possessor unquàm hæreditatem ab eo tan-*

quàm à servo vindicabit, obstante ei rei judicatæ exceptione (L. 3, D., *De except. rei jud.*), « Mais cela n'est pas « de la même efficacité que si l'état du mineur eût été « l'objet d'une action principale, et qu'il y eût été pro- « noncé principalement » : *Sed non ideò hoc idem valet, atque si de statu impuberis principalitèr actum et pronunciatum esset.* « A la vérité, le *possessor* ne peut plus « intenter d'action contre le *petitor* touchant la même hé- « rédité, sous le prétexte qu'il ne serait pas héritier pour « les causes précédemment dites (l'esclavage) » : *De hæreditate quidem ipsâ cum petitore, tanquàm qui ob suprà scriptas causas hæres non sit, agi non potest.* « Mais « rien ne s'oppose à ce que celui qui a succombé sur la « question d'hérédité, n'intente une action à l'impubère « pour faire juger que cet impubère est son esclave par « quelque autre cause » : *Sed, si is qui de hæreditate victus est, eumdem illum petitorem servum suum esse* ex aliâ causâ *intendat, nihil obstat ei quominùs id faciat.* « Rien n'empêche non plus que ce même impubère qui a « triomphé sur la question d'hérédité, ne soit, à l'égard « d'autres personnes, tenu pour non affranchi » : *Aut quod victor, adversùs alias personas pro liberto non habebitur ;* « tandis qu'il serait réputé libre envers tous, s'il « y avait eu jugement sur son état » : *Cùm si de ejus statu judicatum esset, haberetur* (libertus). Le préjugé n'a pas d'autre portée : *Vis hæc est præjudicii* (1).

M. Faustin Hélie ne paraît pas avoir consulté Doneau sur le sens de la loi 1, C., *De ordine judic.* Néanmoins, il nous semble que ses aperçus n'ont pas échappé à la rare sagacité du savant magistrat qui fait tant d'honneur à la Bretagne et à l'École de droit de Rennes, puisqu'il nous avertit que *le jugement des questions préjudicielles n'avait pas, dans le droit romain, la même importance que dans notre jurisprudence* (t. 3, p. 194).

Effectivement, si l'impubère eût perdu le procès, la

(1) Don., t. 4, l. 17, ch. 19, n° 16.
Cette décision en implique une autre que Doneau n'exprime pas, vu son évidence : ce sont toutes les conséquences inverses pour le cas où l'impubère eût succombé dans sa pétition d'hérédité.

question d'état n'y étant pas compromise, il ne perdait pas la liberté; il perdait seulement l'hérédité. Mais un accusé déclaré banqueroutier est en même temps déclaré failli, *de ejus statu judicatum est.* Il ne peut plus soutenir nulle part, ni contre qui que ce soit, qu'il n'est pas failli. Il l'est à l'égard de tous, *etiàm qui in judicio non fuerint.* Il n'y a donc pas d'identité; pas même de parité; pas même d'analogie; et pourtant, par une extension exorbitante qui la dénature, cette loi 1, Cod., *De ordine judic.*, est, comme les deux autres lois romaines citées dans la *note*, journellement appliquée à des accusations de banqueroute.

La leçon de Doneau répand un jour lumineux sur ce point de procédure romaine dont M. Mangin n'a peut-être pas fait une étude suffisante. On voit clairement pourquoi il est dit dans la loi 1, C., *De ord. judic.*, qu'il est de l'office du juge d'*examiner* toute la question d'état *incidente* sur laquelle il ne prononcera pas, n'ayant seulement à juger que la question d'hérédité. De même que, pour pouvoir statuer sur la demande d'aliments, il fallait des motifs aux juges saisis de cette demande, de même il en fallait au juge saisi de la question d'hérédité pour attribuer cette hérédité plutôt au demandeur qu'au défendeur, *aut vice versâ.* Non-seulement il lui fallait des motifs; il était tenu de les exprimer à haute voix et de les consigner dans sa sentence.

Or, dans l'espèce du rescrit, la solution tout entière de la question d'hérédité dépendait de la question d'état, et le résultat de l'examen qu'en ferait le juge deviendrait le motif du jugement qu'il aurait à prononcer sur la seule question qui fût de sa compétence. En un mot, le juge prenait connaissance de la question d'état, *cognoscebat*, il l'examinait, *examinabat*, il l'appréciait, *existimabat*, mais il ne la jugeait pas, *nec de eâ pronuntiabat.*

D'après ces notions qui sont de toute certitude, la sentence, dans l'hypothèse d'Hotoman, eût été conçue en ces termes ou en termes équivalents : « Après avoir vu tels et « tels documents, entendu tels ou tels témoins, et pris « connaissance de l'état du procès, le tout mûrement exa-

« miné, il nous paraît (1) que *Caius* est décédé en tel « endroit, le XIX avant les kalendes de janvier, tels et « tels étant consuls, et que Fabius, son fils, est né, en tel « endroit, la veille des ides d'octobre, mêmes consuls, « conséquemment moins de onze mois après le décès de « son père; et, comme *Sempronius* n'a pas exécuté le « *jussus* que nous lui avons donné aux nones du mois der- « nier, de restituer l'hérédité, nous le condamnons à « payer à *Fabius* dix mille sesterces (2) portés dans la « formule, jurant le tuteur de celui-ci que cette estimation « de l'hérédité est pure d'exagération. »

Qu'y a-t-il là de jugé? Évidemment il n'y a de jugé que ce qui est énoncé dans le jugement. Or, le jugement, c'est le dispositif. Les motifs ne sont qu'un préjugé qui ne passe jamais pour la vérité même, *nec proveritate habetur*. La Cour de cassation l'a décidé ainsi chaque fois que la question s'est présentée devant elle : « Consi- « dérant que ce ne sont pas les motifs, mais le dispositif « seul qui juge, et qui, par conséquent, peut seul acquérir « l'autorité de la chose jugée.... rejette (3). » Il en était de même à Rome, et il en sera toujours et partout de même, tant que le bon sens présidera à la distribution de la justice.

Le rescrit avait donc raison de dire (car ce rescrit n'a pas d'autre sens) : « *que le juge prenne toujours connais-* « *sance de la question d'état; qu'il l'examine dans toute* « *son étendue, dans tous ses détails. Il ne sortira pas,* « *pour cela, des règles de sa compétence;* car, en dernière « analyse, ce n'est pas sur la question incidente, c'est *sur* « *l'hérédité seule* que ce juge prononce. »

Mais M. Mangin a une autre manière de l'entendre.

Suivant cet auteur, le juge, il est vrai, n'a jugé que la

(1) Par modestie, le juge n'énonçait jamais ses motifs que dans cette forme dubitative.

(2) Toute condamnation se résumait en argent. Il était cependant des cas où la sentence s'exécutait *manu militari*, par rapport à la chose, en nature. Mais nous n'avons pas à nous en occuper.

(3) 30 août 1832, Dall., p. 32, 1, 394; 21 déc. 1830, Dall., p. 31, 1, 325; 28 juillet 1817, Dall., p. 21, 1, 211.

question d'hérédité. Mais son jugement implique le jugement de la question incidente.

D'après cette étrange interprétation, le dernier résultat du rescrit serait donc, selon M. Mangin et selon le *Répertoire* de Merlin, que, si l'impubère eût succombé sur la question d'hérédité, il serait esclave, au profit du *possessor* et à l'égard de tous !

Ainsi, la question dont le juge n'a pas dit un seul mot dans son dispositif, et qu'il a jugée *sans la juger*, est précisément la plus importante ; c'est la question de liberté, la *causa liberalis*, la question d'ordre public, à raison de laquelle ce juge était constitutionnellement (1) incompétent !

Voilà ce qu'on fait dire à l'empereur Alexandre-Sévère qui régnait à la plus belle époque du droit romain !

Voilà la principale *maxime ci-dessus* à laquelle préadhérait le procureur général Merlin !

Voilà enfin, car il faut bien le dire, sur quoi sont fondées la *note* et la jurisprudence de la Cour suprême en matière de banqueroute ; et, pour comble de contradiction, ce n'est pas implicitement que le jury prononce sur l'exception de *non-failli ;* c'est d'une manière explicite, et par le plus affirmatif de tous les mots de la langue !

N'est-il pas affligeant de penser que la France, pour ou contre laquelle on a fait peut-être plus de 100,000 lois, tant anciennes que modernes, soit réduite à voir, au dix-neuvième siècle, disposer de l'honneur, de la liberté, de la vie, de la fortune des citoyens en vertu de deux lois romaines qui ont plus de 1,600 ans de date, relatives à des esclaves, mal comprises et tronquées dans leur texte !

Tronquées dans leur texte, la chose est indéniable. Mais nous disons aussi *mal comprises*, car, quelque savants que fussent les auteurs du *Répertoire universel*, et

(1) *Libertas, civitas, familia*, telles étaient les bases fondamentales de la société romaine. C'est pourquoi la loi 2, C., *De pedan. jud.*, porte textuellement : *De ingenuitate et de libertinitate præsides ipsi dijudicent*. C'est qu'il s'agissait d'une question d'ordre social, et que le juge Pédané n'était qu'un juge privé.

ils l'étaient beaucoup, il n'est pas à croire qu'ils aient eu la présomption d'entendre mieux le droit romain que Cujas, Hotoman, Faber, Godefroy, Doneau et Ulpien, auteur de la loi 5, D., *De agnosc. et alend. liber*, ci-dessus rapportée, qui, à elle seule, suffirait pour prouver que le juge délégué ne pouvait jamais prononcer sur une question d'état.

Il y a plus : la question d'état restait encore tout entière, si le grand juge lui-même, le président de la province, le représentant immédiat de César, ou César en personne, n'en connaissait qu'incidemment. C'est qu'en effet, une question d'état méritait bien qu'on l'instruisît et qu'on la jugeât au principal, car, il s'y agissait des deux choses les plus précieuses de toutes, l'ingénuité et la liberté : *In quibus (causis) agitur de libertate aut ingenuitate rebus omnium pretiosissimis* (1). Or, de quoi s'agit-il dans une accusation de banqueroute laquelle ne peut exister que si la faillite existe?

Après tout, les deux questions décidées par la loi 3, C., *De judic.*, sont une double question civile, et nous sommes en matière criminelle, en outre dans un cas particulier : *quand la peine du délit dépend de l'état, la question d'état doit être jugée avant tout.* Voilà notre principe. C'est le principe consacré par la loi 3, C., *De ord. cognit.* Que le lecteur s'interroge lui-même. La vérité en est si frappante d'évidence, qu'au seul énoncé, elle enlève l'assentiment : *Rapit assensum.*

Traduit aux assises sous une accusation de bigamie, l'accusé soutient que son premier mariage est nul, *v, g.*, parce qu'il a épousé sa mère de laquelle il a eu plusieurs enfants. Il s'en faut bien, à coup sûr, qu'un tel accusé soit favorable. L'énormité dont il s'accuse pour sa défense est encore plus criminelle devant Dieu et devant les hommes que le crime qu'on lui impute. Cependant, on devra surseoir au jugement criminel jusqu'au jugement des tribunaux civils sur la nullité ou la validité du premier

(1) Donellus, t. 4, lib. , cap. 22, *quibus in causis judex dari possit.*

mariage. C'est la très-sage jurisprudence de la Cour suprême (V. M. Mangin, n° 194); et si l'accusé a le bonheur de prouver sa monstrueuse turpitude, la loi pénale étant muette sur l'inceste, il sera mis en liberté. Ainsi est faite notre législation française. Mais ce que la Cour de cassation juge dans cette espèce, qu'est-ce autre chose qu'une application implicite du principe *quandò pœna delicti, etc.*? C'est par la force des choses qu'une pareille question est préjudicielle. Pourquoi donc ne le serait-elle pas aussi, la question de savoir si celui qu'on accuse de banqueroute est ou n'est pas *commerçant failli*? Si l'accusé de bigamie ne peut être déclaré bigame qu'autant qu'il ait validement contracté un premier mariage non dissous, l'accusé de banqueroute ne peut être déclaré banqueroutier qu'autant qu'il soit en faillite. Dans l'une et dans l'autre hypothèse, *la peine dépend de l'état*. N'y a-t-il point parité? Qu'on nous montre la différence.

54. — La différence, dirait M. Mangin, est dans l'article 189 du Code civil d'après lequel « si les nouveaux « époux opposent la nullité du premier mariage, la vali- « dité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préala- « blement. Elle ne peut donc l'être que principalement. « Or, les tribunaux criminels ne connaissent des questions « civiles qu'*accessoirement* ou *incidemment* aux procès « dont ils sont saisis; donc, nécessité légale de suspendre « l'action publique. C'est un de ces cas rares où la *loi* « *ordonne expressément une disposition contraire* (arrêt de « 1811); or, il n'y en a pas en matière de banqueroute. »

Nous répondons : *S'il faut une disposition formelle de la loi pour ne pas faire une application de ce principe* (n° 2 de la note), nous demandons quelle est la loi qui ordonne de surseoir au jugement criminel, tant que le juge civil n'aura pas prononcé sur l'exception du bigame dont il vient d'être parlé. Nous demandons encore quelle est la loi qui ait soustrait à l'application du principe l'exception de propriété immobilière. Il n'en existe aucune. La seule raison donnée dans le n° 4 pour que *la question de propriété doive être renvoyée au jugement des tribu-*

naux civils, est que la propriété des immeubles est essentiellement dans le domaine des tribunaux civils. Eh bien! nous disons, et nous le disons avec M. le rapporteur de la loi des faillites : La faillite est un fait *essentiellement* commercial ; la faillite est un fait *exclusivement* commercial; le tribunal de commerce est *spécialement* institué pour apprécier l'ensemble de circonstances qui constituent l'*état de faillite*. Il y a donc même raison de renvoyer la question de faillite au jugement des tribunaux de commerce, que la question de propriété au jugement des tribunaux civils. Il est même une raison de plus : c'est l'art. 440 qui attribue compétence spéciale, conséquemment compétence *exclusive*, au tribunal de commerce pour constater le fait de la cessation de payements. L'arrêt de Liége l'a jugé avec raison.

Dans une accusation de banqueroute, l'état de l'accusé ne peut être l'objet d'une question *incidente*, car, dès avant sa comparution aux assises, la qualité de *commerçant failli* lui était nécessairement attribuée par l'arrêt de renvoi, dont le dispositif constitue le résumé de l'acte d'accusation; tout, de sa part, se borne donc à répudier cette qualité; et, comme la peine dépend ici de l'état, la question d'état est une question principale, une question préjudicielle, ni plus ni moins que la question de savoir si l'accusé de bigamie a contracté un premier mariage nul ou valide; ou si celui qui est accusé d'avoir détruit des clôtures, en est ou n'en est pas le propriétaire.

Au reste, de ce que l'art. 189 du Code civil impose aux nouveaux époux l'obligation de faire juger préalablement la nullité ou la validité de leur mariage, il ne s'ensuit pas *nécessairement* que le ministère public soit soumis à la même obligation. Le législateur civil n'a pas plus entendu régler en 1803 les affaires criminelles qui seraient réglées en 1810, que les affaires commerciales qui devaient l'être en 1807. Ce n'était pas sa mission. La raison pour laquelle, dans le cas prévu par l'art. 189, l'action publique reste suspendue, n'est, en réalité, qu'une déduction logique de la nature des choses. C'est que *la peine du délit dépend de l'état.*

55. — M. Mangin argumente encore de l'art. 327 du Code civil d'après lequel « l'action criminelle contre un « délit de suppression d'état, *ne peut commencer* qu'après « le jugement définitif sur la question d'état. » Donc, dans la poursuite de tous autres délits, l'action criminelle *n'est pas frappée de la même suspension.*

L'auteur, comme on le voit, ne se met en peine d'aucune preuve. C'est qu'il croit avoir fait un argument *à contrario sensu* qui a le privilége de se démontrer lui-même. Mais combien M. Mangin se trompe !

Il est de l'essence de l'argument *à contrario* de ne devoir, ni ne pouvoir consister, expressément, ou implicitement, qu'en deux seules propositions, l'*antécédent* et le *conséquent.*

Un sonnet sans défaut vaut seul un long poëme... a dit Boileau. Par continuation d'hyperbole, on pourrait dire aussi : Un *à contrario* bien correct vaut à lui seul un gros livre. C'est, en effet, chose rare (1).

Il ne faut pas, pour cela, croire avec M. Toullier (2) que cet argument est faible. Loin de là, c'est le plus fort des arguments (3), lorsque, conforme à ses lois, il procède incontestablement *à contrario sensu*, et conclut incontestablement en sens direct. Mais, sans ces deux conditions, l'argument n'est pas faible, il est nul, et se volatilise en paroles inutiles (4) *voces et soni.*

Très-souvent, au seul énoncé, un esprit juste sentira que l'argument est faux, et pourtant, sans la théorie, il ne pourra pas le démontrer.

Que faut-il donc pour que l'argument procède *à con-*

(1) *Plerùmque subvertitur*, nous dit Godefroy sur la loi 1, D., *De off. ejus cui mand. jur.*, en parlant de l'argument *à contrario sensu.*

(2) Table, v° *Argument.*

(3) Papinien l'appelle *fortissimum argumentum, eâd. leg.*

(4) Argumentum à contrario sensu non valet nisi procedat sensu directo (Casareg., *Index gen.*, v° *Argumentum*).

Argumentum à contrario sensu tùm demùm procedit quandò non potest dari medium inter sensum qui directò habetur et illum qui à contrario colligitur (Dumoulin, t. 1, p. 124).

Argumentum à contrario sensu non potest sumi extrà limites sensûs directi (Codex, *fab. def.* 6, 6, *in all.*).

trario sensu, et qu'il conclue en sens direct? Il n'est pas inutile de le savoir ; car, des arguments auxquels on donne ce nom, ou que l'on donne pour tels sans les nommer, sont fort usités dans les livres de jurisprudence et au barreau où il s'en fait chaque jour bien moins de bons que de mauvais.

La bonté des autres arguments, sans nulle exception, réside dans une parfaite harmonie entre toutes les propositions dont ils se composent. Ici, à l'inverse, pour que l'argument soit bon, c'est-à-dire tout d'abord, pour qu'il procède *à contrario sensu*, il est fondamentalement requis que ses deux propositions s'excluent l'une l'autre. Or, il est deux manières dont elles peuvent s'entre-exclure : l'*antagonisme parfait* et l'*incompatibilité* (1).

Lorsque les deux contraires sont chacun de leur espèce (*sui generis*), et ne sont pas susceptibles d'être ni plus ni moins opposés entre eux, l'antagonisme est parfait entre l'antécédent et la proposition que le conséquent nie ou affirme. C'est ce qui a lieu, par exemple, si, du fait que Pierre est marié, je conclus que Pierre n'est pas célibataire, ou réciproquement; car l'opposition qui existe entre le célibat et le mariage ne saurait être plus grande, ni moindre.

Mais, sous le même *genre* de contraires, il peut s'en trouver qui le soient entre eux plus ou moins. De là, cet aphorisme d'Aristote : Plus les contraires d'un même genre (*d'une même famille*) sont éloignés les uns des autres, plus ils sont opposés les uns aux autres : *Quò quæque sub eodem genere longiùs inter se remota sunt, eò magis inter se contraria sunt* (*Ethic.* 2, cap. 8). Dans ces cas, il peut n'y avoir point antagonisme parfait, et y avoir seulement incompatibilité (2). Mais il n'en faut pas

(1) Quand il s'agit des lois, l'incompatibilité se nomme *antinomie*.

(2) Les diverses nuances de contraires dont on sent bien que nous ne pouvons ni ne devons donner ici que quelques types frappants d'évidence, se produisent fréquemment dans les débats du Palais. Y a-t-il ou n'y a-t-il pas incompatibilité entre telle et telle autre disposition du même testament, de la même police d'assurance, de

davantage pour que l'argument procède *à contrario sensu*. C'est ce qui a lieu, si ayant posé en fait que Jacques n'est pas un lâche (*ignavus*), j'en conclus que Jacques est courageux ; car bien que l'intrépidité soit encore plus contraire à la lâcheté que le courage, il n'en est pas moins évident pour tous, *etiàm lippis et tonsoribus*, comme dit Horace, que le courage et la lâcheté sont, *per rerum naturam*, deux choses incompatibles.

Dans toutes les hypothèses quelconques, il est donc encore de l'essence de l'argument *à contrario* que, si la première proposition est affirmative, la seconde soit négative, et réciproquement. Sans cela, il tombe sous le sens qu'il ne peut y avoir entre elles ni antagonisme parfait, ni même incompatibilité.

Mais une proposition négative peut se présenter sous une forme affirmative et *vice versâ* (1). Leur vrai sens se rétablit au moyen de l'analyse.

L'argument conclut en sens direct, lorsque entre l'antécédent et le conséquent il ne peut se placer aucune proposition qui les renverse ou les rende incertains tous les deux, ou l'un d'eux. Il tombe encore sous le sens que, si les propositions d'un argument sont détruites en entier, ou seulement ébranlées dans la moindre partie, l'argument s'évanouit.

Enfin, le caractère éminemment distinctif d'un bon argument *à contrario sensu* est de convaincre par sa propre force. S'il y faut sous-entendre un moyen terme, comme dans l'enthymème qui, par sa forme, aurait avec lui un faux air de ressemblance, ou emprunter secours à

tout autre contrat, ou de deux contrats, du même jugement, ou de deux jugements, etc., etc. ? Voilà ce qui ouvre un si vaste champ aux arguments judiciaires *à contrario sensu*. Cela devient quelquefois un chaos que la justesse de l'esprit peut seule débrouiller par le secours de la théorie.

(1) Tous les hommes sont mortels ; donc chaque homme cessera de vivre. — Nul homme n'est immortel ; donc aucun homme ne vivra éternellement. Ces deux arguments, dont l'un est présenté sous une forme négative, sont égalements affirmatifs, et ils n'affirment qu'une seule et même chose, à savoir que l'homme est mortel.

des propositions collatérales, à quelque *aliundè*, ou il n'y a pas d'argument, ou c'est un autre argument que l'argument *à contrario sensu* (1) dont la théorie va de plus en plus être en évidence dans les applications suivantes auxquelles nous nous hâtons d'arriver.

Si je dis : *La ville de Landerneau n'est pas une petite ville, donc c'est une grande ville;* l'argument ne vaut rien, car il est des villes médiocres, et, de leur nombre, peut être celle de Landerneau. Il en serait de même si je disais : *Jacques n'est pas malade, donc il est bien portant; il est jour, donc il n'est pas nuit*, parce qu'il est un état moyen entre la maladie et la santé, comme il est un temps

Où, lorsqu'il n'est *plus nuit, il n'est pas encor jour.*

Dans ces trois arguments, l'antécédent et le conséquent sont détruits.

En voici un autre où le conséquent seul est renversé : *Le juge n'a pas condamné Roboam aux intérêts envers Jacques; donc il l'en a absous.* Le juge a pu omettre de prononcer, ou Jacques de conclure. Ces quatre arguments et les arguments semblables ne prouvent donc rien du tout.

Bien différent est celui-ci qui se rapporte au droit romain : *Dans telle matière, une loi spéciale permet au juge de déléguer sa juridiction, s'il vient à s'absenter*, si proficiscatur; *donc il ne peut la déléguer, qu'il n'ait commencé d'être absent* : Non aliter itaque mandare poterit, quàm si abesse cœperit (2). L'argument est *fortissimum*, car l'an-

(1) L'argument de parité (*à paritate rationum inter se consimilium*, comme dit Aul. Gell.) a précisément la même force que l'argument *à contrario sensu;* tant il est vrai que *les extrêmes se touchent* Il en est parlé dans le paragraphe suivant.

(2) Ce sont bien là les propres paroles de Papinien dans la loi 1, D.; *De off. ejus cui mandat. jur.*, précédemment indiquée *in notis*, mais ce n'est pas son argument. Pour bien faire comprendre l'argument de Papinien, que le lecteur peut vérifier lui-même, il nous faudrait entrer dans des explications préliminaires qui seraient trop longues. Suivant nous, ce serait plutôt un enthymème qu'un argument *à contrario*. Aussi, dans sa note 3 sur la loi précitée, Godefroy dit-il que Papinien ne le donne pour tel que *per extesin* (par extension).

tagonisme est tout aussi parfait entre n'avoir pas commencé d'être absent et n'avoir pas cessé d'être présent, qu'entre être assis et se promener à pied.

De même, en droit commercial : Quand il vous expédia, bien avant sa faillite, les sucres dont ses syndics vous demandent la restitution, et desquels il vous autorisait à porter le prix au crédit de son compte courant chez vous, Jacques vous recommandait *de ne pas les vendre au-dessous de tel prix ;* donc il ne vous les a pas donnés en payement, comme vous le prétendez, rien n'étant plus contraire au droit absolu de propriété transmis par la dation *in solutum*, que l'obligation de ne vendre la chose que par les ordres et selon les ordres d'autrui.

De même encore, si quelqu'un vient à dire, comme M. Renouard l'a dit avec raison en sa double qualité d'auteur et de rapporteur : « Le tribunal de commerce « est spécialement institué pour constater l'état de fail- « lite, » et qu'il en conclue qu'*aucun autre tribunal n'est institué pour la même constatation*, l'argument est invincible. Car, d'une part, nul ne peut être spécialement chargé d'une chose déterminée en même temps qu'un autre, ou d'autres en seraient chargés concurremment avec lui ; d'un autre côté, il n'est pas de milieu entre être chargé spécialement de telle chose, et en être chargé concurremment avec un autre, ou d'autres ; enfin, quoique la généralité soit l'extrême contraire de la spécialité, il n'en est pas moins de la dernière évidence qu'il existe incompatibilité entre la concurrence et la spécialité.

Les trois derniers arguments procèdent donc *à contrario sensu*, bien que l'un d'eux ne procède ainsi que par l'incompatibilité, et ils concluent uniformément en sens direct, *nullius interjectæ propositionis adhibitâ possibilitate*.

Il est un autre argument qui suit précisément les mêmes règles, et a précisément la même force que l'argument *à contrario sensu* : c'est l'argument *à pari ratione* (V. *infrà*, n° 153).

En est-il ainsi de l'argument de M. Mangin, et, avant tout, de quelle espèce est l'argument, ou, pour mieux dire, y a-t-il un argument?

Les deux propositions sont présentées dans la forme négative, et, par cela seul, elles blesseraient l'essence de l'argument *à contrario*.

Mais, en réalité, ces deux propositions sont affirmatives. Voici, en effet, ce qu'on veut faire entendre :

« Lorsqu'il s'agit d'un délit contre la filiation, le Code « civil veut que le juge civil prononce avant le juge cri- « minel ; donc, en matière de tous autres délits, le juge « criminel doit prononcer avant le juge civil. »

Nous le demandons au lecteur, cette conclusion lui paraît-elle une vérité de toute évidence ? Par exemple (car combien d'autres propositions intermédiaires ne pourrait-on pas interposer ?) est-il absolument impossible que le Code civil ait statué sur un délit spécial qui le concernait, sans avoir *nécessairement* eu l'intention de statuer par là même, et *en sens contraire*, sur les autres délits qui ne le concernaient pas ? Nul n'oserait le prétendre. Aussi, dans l'argument de M. Mangin, le conséquent est-il encore une atteinte à l'essence de l'argument *à contrario*, ne pouvant pas plus y avoir de *contrariété absolue*, ni d'incompatibilité entre deux propositions affirmatives, qu'entre deux propositions négatives. Il n'y a donc pas d'argument. Par conséquent, de ce que le Code civil (art. 327) veut que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne puisse commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état, il ne peut s'ensuivre nécessairement, ni en sens direct ni en aucun sens, que l'action criminelle ne devra jamais être précédée d'un jugement civil. Au fait, la Cour suprême l'entend d'une autre manière, témoin l'accusation de bigamie quand l'accusé excipe de la nullité de son premier mariage, et l'exception de propriété immobilière. Or, l'état est un droit aussi réel, aussi absolu, que le droit de propriété (V. *suprà*, n° 51). Ainsi, que la peine dépende de l'état ou de la propriété, *idem juris est*. Chacune de ces questions n'est ni plus ni moins préjudicielle que l'autre. Elles le sont toutes les deux au même titre et au même degré. — Seulement, comme on l'a déjà dit, l'art. 440 du Code de commerce est une raison de plus pour l'exception de *non-commerçant failli*.

Au reste, le Code civil n'a ni voulu, ni pu vouloir poser en principe que, par rapport aux autres délits dont il n'avait point à s'occuper, il n'y eût d'autres questions préjudicielles que la question de filiation. Mais, sachant que la filiation est le fondement de la famille, et celle-ci le premier fondement de la société, le législateur a sagement redouté d'abandonner une question de cette importance à la décision, toujours plus ou moins aléatoire, d'un jury étranger aux lois et au droit d'après lesquels ces sortes de questions se décident. D'autres raisons fort graves ont été présentées par l'orateur du gouvernement ; nous le savons bien. Mais, *in rei veritate*, telle nous paraît être la principale raison de l'art. 327. Combien de très-bonnes choses ne se fait-il pas par des motifs qu'on n'exprime pas tous, ou même par d'autres motifs que ceux qui sont exprimés ?

Néanmoins, pour renforcer l'argument, ou plutôt pour en faire un autre (car un argument nul ne peut être renforcé), M. Mangin rappelle (n° 185), que, en présentant au Corps législatif le titre *de la paternité et de la filiation*, l'orateur du gouvernement s'exprimait en ces termes : « *Cette décision* (l'art. 327) *est contraire à la règle générale* qui, en considérant la punition des crimes « comme le plus grand intérêt de la société, suspend les « procédures civiles quand il y a lieu à la poursuite criminelle (1). »

Eh bien ! *quid indè*, même en supposant (ce que nous sommes loin d'accorder) que chaque parole de chaque orateur du gouvernement soit une preuve, un oracle ? Tout au plus l'obligation, en général, de suspendre les procédures civiles pendant la poursuite criminelle dans les autres délits que les délits contre la filiation. Mais, dire-

(1) Voilà ce qu'on peut appeler une proposition *collatérale*, signe évident de la fausseté de l'argument, en tant qu'argument *à contrario sensu*, *v. g.* : « En matière de délits contre la filiation, la loi civile veut que le juge civil prononce avant le juge criminel ; donc, « en matière de tous autres délits, la loi veut que le juge criminel « prononce avant le juge civil. » — Proposition collatérale : *Cela est si vrai que l'orateur du gouvernement a dit*, etc.

qu'une règle est générale, c'est apparemment reconnaître qu'elle peut souffrir des exceptions. Une règle absolue peut seule les exclure. Or, nous ne prétendons que deux choses, c'est que le cas de faillite est, de sa nature, un cas exceptionnel, et un cas excepté par la disposition spéciale de l'art. 440.

Pour justifier l'exception qu'il propose, l'orateur du gouvernement se fonde sur ce que la punition des crimes est le plus grand intérêt de la société. *Pace tuâ*, nous dirons qu'il est un intérêt plus grand encore : c'est que l'innocence ne soit pas condamnée.

Il est aussi une haute exigence de la raison : c'est que le commerçant à qui sa loi spéciale donne des juges spéciaux en matière de faillite, fait *essentiellement commercial*, fait *exclusivement commercial*, ne devienne pas justiciable de tout le monde et du hasard, et l'art. 327 du Code civil ne dit pas le contraire.

Comment, d'ailleurs, aurait-il pu le dire en 1803? A cette époque, tous pouvaient être en banqueroute. *L'état de commerçant failli* n'était pas encore législativement constitué. Par conséquent, on ne pouvait statuer sur la question de cet état : *De hoc non cogitatum, ergò nec lege cautum.*

56. — Jusqu'ici, nous restons donc toujours en présence de ces deux malheureuses lois, 3, Cod., *De judic.*, et 1, Cod., *De ord. cognit.*, si étrangement défigurées dans le *Répertoire universel* (1). M. Mangin n'ajoute rien, de son propre fond, à ce qui en est dit dans ce long et savant ouvrage. Mais, si les conséquences qu'il en tire sont, comme il le dit à tout moment, des conséquences *nécessaires*, *évidentes*, quel besoin de recourir à l'art. 3 du Code d'instruction criminelle que la *note* n'invoque même pas? A l'en croire, cette disposition ne permettrait aucun doute. Pourquoi donc commençait-il par nous dire qu'il abordait de grandes difficultés?

(1) L'article est de Merlin lui-même. Ses *crochets* le prouvent.

« Aux termes de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, dit M. Mangin, n° 168, l'action civile peut être « poursuivie en même temps et devant les mêmes juges « que l'action publique. De là la conséquence que le juge « criminel est compétent pour statuer sur des questions « civiles, et pour décider des questions de droit civil toutes les fois qu'elles se présentent accessoirement à l'ac- « tion publique (1). »

Pour apprécier l'argument, il faut rechercher le *propositum* du législateur.

Les tribunaux criminels sont institués pour les affaires criminelles, les tribunaux civils, pour les affaires civiles, les tribunaux de commerce, pour les affaires commerciales. Voilà le principe général.

Pourquoi la déviation de ce principe quand un plaignant se constitue partie civile? Parce que, intéressé au succès de l'accusation, et pour n'en pas payer les frais, et pour obtenir des dommages-intérêts, ce plaignant, reçu partie civile, devient un puissant auxiliaire de la partie publique à laquelle il fournira des documents, des pièces, des renseignements, des preuves que le ministère public ne pourrait probablement pas, ou pourrait difficilement se procurer d'une autre manière. C'est par des motifs analogues que, à Rome, l'accusateur recevait du magistrat un caractère officiel pour remplir les fonctions de notre juge instructeur. D'ailleurs, le plaignant ayant l'option d'intervenir ou de rester à l'écart,

(1) Ici encore M. Mangin paraîtrait vouloir faire un argument *à contrario sensu*, qui peut se formuler ainsi : *Chaque fois qu'une partie civile est en cause, le juge criminel peut juger des questions civiles, accessoires à l'action criminelle; donc il peut juger des questions civiles, lorsqu'il n'y a pas de partie civile.*

Or, c'est précisément le contraire qui serait une vérité, s'il était raisonnable de mettre le conséquent à la place de l'antécédent, *v. g.* : « Le juge criminel peut juger des questions civiles quand il « n'y a pas de partie civile en cause; donc il peut les juger quand il « y a une partie civile. »

Toutefois, ce ne serait pas encore un argument *à contrario*. Ce serait un enthymème, dans lequel ce moyen terme serait sous-entendu : *In eo quod plus sit, semper inest et minus.*

Mais, tel qu'il est posé par M. Mangin, l'argument conclut du *particulier* au *général*, ce qui est le renversement de toutes les règles de la logique. Voilà pourtant à quoi tient le sort des hommes!

et la cause des dommages-intérêts, si elle vient à être prouvée, étant un crime ou un délit, il ne répugne en rien que ce plaignant soit reçu à prendre la voie criminelle, et le poursuivi, tenu de répondre à ses conclusions. Ce n'est pourtant pas là une affaire civile proprement dite, car, si le plaignant n'est point intervenu, l'accusé ou le prévenu n'est pas en droit de le citer devant la Cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel, en condamnation à des dommages-intérêts, *v. g.*, pour plainte calomnieuse. Qu'est-ce donc que cette intervention d'une partie civile dans un procès criminel? Une exception au principe général. Par conséquent, de ce que la Cour d'assises a le droit de juger des questions civiles lorsqu'il y a une partie civile, en conclure que cette Cour est investie du même droit quand la partie publique est seule en cause, c'est énoncer une conséquence qui, à coup sûr, ne dérive pas de son antécédent. Mais, avec cette manière de raisonner, on fait de l'exception le principe, comme on généralise la loi 3, Cod., *De judic.*, uniquement relative à un cas unique.

Nous ne prétendons pas, pour cela, à Dieu ne plaise! que les tribunaux criminels ne puissent jamais décider des questions civiles. Ils le peuvent et le doivent, non pas, comme le dit M. Mangin, toutes les fois qu'elles se présentent *accessoirement* à l'action publique (car alors, ils le pourraient et le devraient toujours), mais lorsque, par la nature ou par la force des choses, et sans impliquer une question véritablement préjudicielle, le fait qui est l'objet de la question civile, ou commerciale, s'identifie avec le délit qui est l'objet de l'accusation. Par exemple, lorsque, après un jugement déclaratif, le failli est traduit aux assises sous l'accusation de banqueroute pour s'être frauduleusement constitué débiteur de sommes qu'il ne devait pas, la juridiction criminelle peut et doit décider toutes les questions quelconques qui se rattachent à la simulation frauduleuse, et de la part de l'auteur, et de la part des complices. La majeure partie des espèces examinées par M. Mangin, jusques et y compris son nº 140, sont soumises à cette règle. Nous le reconnaissons. Mais

il en est autrement s'il s'agit d'une question d'état d'où la peine dépende, et surtout si le juge de cette question d'état est spécialement désigné par une loi spéciale. Alors, il y a lieu à l'application de la règle : *Quandò pœna delicti pendet à statu, quæstio statûs priùs dirimenda est.* C'était, à Rome, un principe de droit public incontesté. Pourquoi le contesterait-on parmi nous, quand, à défaut de lois françaises, c'est dans le droit romain qu'on va chercher des règles de compétence criminelle? Ce principe n'est-il pas fondé sur le bon sens, la droite raison, l'ordre logique des idées?

Mais, poursuit M. Mangin, d'après l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, loin que l'action civile fasse suspendre l'action publique, c'est celle-ci *qui tient, au contraire, l'action civile en suspens.*

A cela, deux réponses :

Que le ministère public n'intente l'action en banqueroute qu'à l'époque marquée par l'art. 483 du Code de commerce, *temps auquel le jugement déclaratif est rendu*, et il n'y aura rien à suspendre.

En second lieu, l'art. 3 du Code d'instruction criminelle est, par la force des choses, inapplicable à l'action par laquelle, pendant la procédure criminelle, un ou plusieurs créanciers poursuivraient la déclaration de faillite. Il n'en faudrait pas d'autre preuve que les art. 595 et 601 (V. ces articles).

Le procès en banqueroute peut durer un temps indéfini, l'instruction exiger plusieurs mois, et le jugement être retardé par des incidents sans nombre, *v. g.*, la maladie du failli, son pourvoi en cassation contre l'arrêt de renvoi aux assises, l'absence d'un ou de plusieurs témoins essentiels, etc. Faudra-t-il, *interdùm*, n'avoir ni syndicat ni juge-commissaire, laisser dépérir l'actif, ne pas vérifier les créances, en un mot, surseoir à toutes les formalités urgentes prescrites par le Code de commerce? Cela n'est pas proposable.

Il l'est encore moins peut-être, quand un jugement déclaratif n'a pas été rendu, conformément à l'art. 440, de recevoir le plaignant partie civile dans une accusation de

banqueroute. Ce serait la subversion totale de la loi des faillites.

Un individu, se disant créancier de Jacques, porte plainte en banqueroute frauduleuse. Il se rend partie civile, et, sur la plainte, poursuites par le ministère public.

Devant le juge instructeur, Jacques conteste la créance, et se prétend créancier lui même, *v. g.*, par suite d'une participation non encore liquidée. Bien plus, il intente une action en règlement de compte. Mais le ministère public n'en continue pas moins ses poursuites. Jacques est déclaré banqueroutier, par conséquent *failli*, et des dommages-intérêts sont alloués au plaignant.

Quel est, par rapport à la loi des faillites, le résultat de cette procédure?

Porter plainte en banqueroute, c'est implicitement demander la déclaration de faillite, et le droit de demander cette déclaration n'appartient qu'à un créancier (même art. 440), ce qui ne peut s'entendre que d'un créancier certain, en ce sens du moins que son titre n'est pas litigieux. Or, la créance non liquide, objet d'une contestation non jugée, est, pour le moins, une créance incertaine. Donc, défaut de qualité et violation de la loi.

50,000 fr. de dommages et intérêts, non compris sa créance ou prétendue créance, sont accordés à la partie civile contre le débiteur commun qui n'a que 25,000 fr. d'actif, et n'aurait pu, dès avant les poursuites criminelles, donner qu'un dividende de 50 pour 100. La partie civile emportera donc, à elle seule, presque tout l'actif. Violation du principe fondamental de la loi des faillites : une parfaite égalité entre tous les créanciers.

Pourra-t-on, plus tard, exiger qu'elle vérifie sa créance de dommages-intérêts, et l'affirme comme il est prescrit par le Code de commerce? Sans doute, on le pourra ; mais quel effet attendre de cette formalité, quand la créance résulte d'un arrêt souverain qui ne peut être soumis à la vérification de personne, pas même à celle des juges qui l'ont rendu?

Dira-t-on que les créanciers auraient pu intervenir? Ils ne le pouvaient pas par des syndics, puisque la faillite

n'était point constituée, et que l'action publique tenait leur demande en déclaration de faillite suspendue ou interdite. Ils ne l'auraient donc pu qu'individuellement. Mais se fait-on à l'idée de voir, *ut singuli*, dans le procès criminel trois ou quatre cents créanciers, peut-être même davantage, dont les uns ont intérêt à ce que le débiteur soit déclaré failli, les autres, à ce qu'il ne le soit pas !

Ils ne pouvaient non plus, vu cet antagonisme des intérêts, constituer un mandataire commun.

Et combien d'autres anomalies ne passons-nous pas sous silence !

Relativement à l'action publique, les poursuites en banqueroute frauduleuse, sans jugement déclaratif. produisent aussi des effets fort étranges.

57. — Dans une accusation de banqueroute, la Cour de cassation regarde comme certain que le jury a caractère pour déclarer l'accusé *commerçant* et *failli*. C'est ce principe, dont l'erreur en droit est déjà démontrée, qu'il nous faut voir maintenant dans son application, car, *si la théorie est le flambeau de la pratique*, avons-nous dit ailleurs, *la pratique, à son tour, met la théorie à l'épreuve.* Faisons donc une expérience sur la doctrine de la Cour suprême et, par contre-coup, sur la nôtre. Nul moyen plus sûr d'éclairer le choix du lecteur entre deux systèmes diamétralement opposés; car, par l'effet même de leur parfait antagonisme, en éprouver un, c'est éprouver l'autre, *in contrario sensu.*

D'ailleurs, comme le dit fort bien le judicieux Domat, *quand on est dans la vérité* (et nous croyons y être), *il ne faut pas craindre de creuser, on trouvera toujours un bon fond.*

Supposons-nous dans une Cour d'assises au moment où le résumé s'achève.

58. — Si, par impossible, le *judex quæstionis* posait ainsi la question : « Jacques Bonhomme, accusé, est-il « coupable de banqueroute frauduleuse? » La déclaration du jury serait mise au néant, et cela par deux raisons :

1° rien n'y constate que Jacques Bonhomme soit ni *commerçant*, ni *failli*, deux choses essentielles, parce que, sans commerçant, point de faillite, sans faillite, point de banqueroute; la Cour de cassation nous en avertit elle-même; 2° parce que le mot *banqueroute* implique une question de droit, et qu'il ne doit être soumis au jury que des questions de pur fait (1). Le fait déclaré constant, à la Cour d'assises de décider si ce fait constitue un crime ou un délit, et quel crime ou quel délit.

Comment donc la question doit-elle être posée? Qu'on n'aille pas demander *apertè*, ce qui, pourtant, semblerait naturel : « Jacques Bonhomme accusé, est-il *com-* « *merçant* et *failli*, ou est-il *commerçant failli?* » Tout encore serait cassé. Bientôt on en verra la raison. Voici comme on doit dire : « Jacques Bonhómme, *commerçant* « *failli*, accusé, est-il coupable d'avoir soustrait ses li- « vres (2)? » De cette manière, tout, prétend-on, sera conforme à la loi, parce que, d'après l'interprétation qu'en ont donnée les arrêts de la Cour suprême :

1° Le jury n'aura eu à résoudre aucune question de droit;

2° Que la faillite est un *élément nécessaire* du crime de banqueroute (arrêt de 1838);

3° Mais que la banqueroute n'en est pas moins un fait *principal* lequel ne constitue ni une circonstance, ni une modification de la faillite (arrêt de 1811).

Reprenons successivement ces trois propositions :

Le jury n'aura à résoudre aucune question de droit?

On a cependant vu *suprà*, n°s 16 et suiv., bon nombre d'hypothèses où la double question : *Jacques est-il commerçant? Jacques, commerçant, est-il failli?* en implique de fort difficiles, et l'on peut aisément s'en figurer bien d'autres dont la réalisation n'est assurément pas im-

(1) Cass., 12 septembre 1819. — 16 septembre 1830, 28 mars et 1er août 1835. (V. ces arrêts au *Journal du Palais*, à leurs dates respectives. Il y en a plusieurs autres. La jurisprudence, à cet égard, ne s'est jamais démentie.)

(2) Frauduleusement détourné une partie de son actif, etc..... (V. l'art. 591.)

possible. Par exemple : « Pierre (mineur émancipé) *com « merçant failli*, accusé, est-il coupable de s'être fraudu « leusement reconnu, dans ses écritures de comptes cou- « rants, débiteur de soixante mille francs envers Jacques « qui n'était pas son créancier (art. 591) ? » Si l'accusé dont les père et mère étaient décédés longtemps avant son commerce, fait plaider, pour sa défense, que la délibération exigée par notre art. 2 est radicalement nulle; qu'on n'a pas appelé au conseil de famille, et Jacob, son oncle paternel, et Balthazar, son cousin-germain maternel, ses deux plus proches parents; que ce conseil fut présidé par un juge de paix qui n'était pas celui de son domicile; qu'un des juges qui ont concouru à l'homologation est son allié au degré prohibé, un autre son créancier ou son débiteur de sommes considérables, etc., etc.; autant dequestions de droit, et de questions souvent embarrassantes même pour des jurisconsultes, presque dissimulées sous ces cinq syllabes *commerçant failli*, qui les impliquent incontestablement.

Beaucoup plus grandes seraient les difficultés, si la question contenant les mots sacramentels *marchande publique faillie* concernait, *v. g.*, une mineure, femme d'un mari, mineur lui-même, qui faisait un commerce différent de celui de sa femme dans la même maison, ou le même commerce dans une autre maison (V. *suprà*, n° 18);

Et bien plus grandes encore, si, de retour d'un voyage qu'il avait entrepris, le mari a formé opposition au jugement qui, l'ayant réputé absent, a autorisé sa femme à exercer le commerce public par suite duquel elle est traduite aux assises sous une accusation de banqueroute.

59. — Et qu'on ne dise pas que ce sont là des questions *incidentes* sur lesquelles, selon la doctrine de M. Mangin, la juridiction criminelle aurait toujours compétence. Une question incidente est une question qui survient, à l'improviste, dans une contestation à l'occasion d'une autre contestation. Mais pourquoi, par exemple, le mineur oppose-t-il ici la nullité de la délibération de son

conseil de famille, sinon pour prouver qu'il n'est pas commerçant ? Or, cette qualité, de laquelle dépendent peut-être sa liberté, sa fortune, son honneur et celui de sa famille, lui est expressément attribuée par l'acte d'accusation qui est chez nous le *libellus inscriptionis*, la formule criminelle. Il n'élève donc nulle question en dehors du *judicium constitutum* par l'arrêt de sa traduction aux assises, et des questions de cette nature pourraient seules être dites *incidentes*. Cet accusé se défend dans le cercle tracé par l'acte même qui l'accuse, et une telle défense ne peut pas être un incident, une contestation imprévue.

Mais, quel besoin d'aucune autre espèce que celles des arrêts cités? Peut-il y avoir banqueroute sans faillite préalablement déclarée, oui ou non ? Est-ce que c'est là une question de fait? Sans la profession de commerçant et la cessation de payements commerciaux, peut-il y avoir faillite? Est-ce que ce ne sont pas là deux questions de droit? Or, d'après les arrêts de la Cour suprême, il faudrait les croire énoncées, comme la première, dans la question : Jacques Bonhomme, *commerçant failli*, accusé, est-il coupable d'avoir frauduleusement détourné ses livres ?

60. — Après cela, par quels motifs la même Cour, si constamment attentive à exiger qu'il ne soit pas soumis aux jurés des questions de droit, exige-t-elle non moins persévéramment que la question qui leur demande si l'accusé est coupable de faits constitutifs de la banqueroute frauduleuse, contienne les mots *commerçant failli ?* On vient d'en voir la principale raison : c'est que *la faillite est un* élément *nécessaire du crime de banqueroute* (arrêt de 1838).

Nous le demandons à tous, en lisant ces dernières expressions n'est-on pas naturellement porté à se dire : Dès que la banqueroute ne peut exister que si la faillite existe, il est nécessaire et préalable de savoir, *antè sciri oportet*, s'il y a faillite (*suprà*, n° 51). C'est dans cet ordre que les idées se présentent. Erreur, illusion ! En disant que la fail-

lite est un *élément* nécessaire du crime de banqueroute, ce n'est pas une concession que la Cour suprême entend faire au principe : *quandò pœna delicti pendet à statu, quæstio statûs priùs dirimenda est.* C'est un argument contre ce principe que deux empereurs romains ont successivement érigé en loi (1). Mais cet argument n'est que sous-entendu; pour le comprendre il faut ainsi le traduire :

« Un des *éléments* nécessaires du crime de banqueroute, « est la faillite ;

« Or, le jury a caractère pour constater le crime de « banqueroute ;

« Mais comment le constaterait-il, s'il ne pouvait con« stater tous les faits qui en sont les *éléments?*

« Donc le jury a caractère pour constater le fait de la « faillite. »

Voici notre réponse :

Que vient faire dans un arrêt criminel le mot *élément* qui n'est pas de la langue du droit?

On n'a pas cru pouvoir dire que la faillite, fait involontaire et conséquemment *fait innocent*, est de l'essence d'un *crime;* et de quel crime? D'un crime qui se commet toujours avec *préméditation.*

Cependant, la métaphore évasive contre laquelle nous protestons, entend-elle signifier quelque chose de différent ou quelque chose d'équivalent?

Si c'est quelque chose d'équivalent, autant eût valu dire la chose elle-même. Mais *il buon senso vi ripugna.*

Si c'est quelque chose de différent, il est donc certaines choses *essence* de la banqueroute, et certaines autres choses qui en sont les *éléments.*

Ces dernières choses, quelles sont-elles? Quelle différence y a-t-il entre les premières et celles-ci? Qui pourra nous le dire, *erit mihi magnus Apollo.*

(1) Le même principe est consacré par l'empereur Gordien dans la loi 4, Cod., *De ord. cognit.*, laquelle est au *corpus juris* de Godefroy, sous cette rubrique de *Salicetus* : *Si sit quæstio de statu accusati, priùs de statu debet cognosci, quàm super crimine pronuntiari.*

Et voilà ce que produit très-souvent la métaphore dans le droit, de l'obscurité, de l'ambiguïté (1).

Ici néanmoins (il faut être juste), tout n'est pas imputable à la métaphore. L'obscurité, l'ambiguïté, ont leur cause première dans une ancienne préoccupation de la Cour.

Persuadée, *à priori*, que banqueroute et faillite sont choses inséparables, et en quelque sorte (*ni nos conjectura fallit*) consubstantielles, la Cour suprême a la longue habitude d'en conclure que le jury ayant caractère pour constater le fait de la banqueroute, il a aussi caractère pour constater le fait de la faillite. Là est son erreur, et cette erreur qui est capitale provient évidemment de ce que la Cour n'a pas saisi le rapport qui existe, non entre la faillite et la banqueroute (il n'en existe aucun entre ces deux faits), mais, ce qui est très-différent, entre la faillite et l'*action* en banqueroute.

Point d'action en banqueroute sans faillite, cela est de toute certitude. Mais s'ensuit-il que la faillite entre pour quelque chose dans la constitution de la banqueroute? Non, mille fois non. La faillite lui est aussi étrangère que l'innocence à la culpabilité.

Ainsi, loin d'être un *élément nécessaire* de la banque-

(1) La métaphore consiste à transporter un mot du sens propre à un sens figuré.

Le mot convient-il aux deux choses? On ne peut s'en assurer qu'en les comparant l'une avec l'autre. Or, cette opération de l'esprit n'est pas toujours très-facile, et tout le monde ne la sait pas faire.

En chimie (car c'est de la chimie que notre métaphore est prise), le mot *élément* se dit des corps simples dont les corps mixtes sont composés. Y a-t-il convenance parfaite entre la faillite considérée, au figuré, comme un élément dans la constitution de la banqueroute, et *v. g.*, l'*oxygène* ou le *soufre* entrant comme des corps simples dans la composition d'un corps mixte? C'est sur quoi, malgré la grande autorité de la Cour suprême en toutes choses, les avis pourraient bien n'être pas unanimes.

Rarement la métaphore est-elle admissible dans les définitions, ou les propositions du droit civil; encore faut-il qu'elle soit nécessaire et aussi claire que le jour, par exemple, le *vinculum juris*. Elle n'est jamais de mise dans les définitions ou les propositions du droit criminel. Le Code pénal tout entier n'en offre pas un exemple. Là n'est pas son domaine.

route frauduleuse, comme la Cour le pense et le dit dans ses arrêts depuis plus d'un demi-siècle, la faillite ne lui est rien, absolument rien. Ce qu'elle est, le voici : c'est *la condition suspensive d'une double action qui ne naît de ce crime, que si la condition existe, légalement constatée* (ritè declarata).

Pourquoi l'événement *futur et incertain* de la faillite tient-il en suspens l'action publique et l'action privée? Parce que la raison du droit l'exige, et que la loi le veut.

La raison du droit l'exige, car, selon la droite raison, point de préjudice, point de fraude humainement punissable. *Consilium fraudis et eventus damni* (1) est un principe de bon sens et de tous les temps, aussi vrai au criminel qu'au civil.

La loi le veut, car, stipulant (2) pour la société dans l'intérêt du crédit commercial qui, de l'aveu de tous, est l'objet unique de la loi des *faillites et banqueroutes*, cette loi dit à chaque commerçant : « Tant que tu rempliras tes « engagements commerciaux, use librement de ton avoir « et de ta signature. Je ne suis pas une loi inquisitoriale. « Mais, souviens-toi d'être probe, car, *si tu cesses de « payer*, fût-ce par force majeure, et que tu aies fait, ou « seulement tenté de faire, telles ou telles choses en fraude « de tes créanciers, même de ceux à venir, tu seras puni, « avec tes complices, comme on punit un voleur qui a « commis son crime à l'aide de violence (3), nuitamment « et en réunion de malfaiteurs. »

Loi sévère, mais juste et rationnelle.

En effet, la fraude implique tout ce que l'homme peut faire, et la parole exprimer de coupable : *Fraus omne dictum factumve culpabile comprehendit* (Don., cap. 41,

(1) L. 10, § 1, D., *Quæ in fraud. credit.*

(2) Entrer dans le commerce, c'est souscrire aux clauses pénales et règlementaires de la loi des *faillites et banqueroutes*.

(3) Inter vim et dolum malum tantùm hoc interest, quòd vis aperta est : dolus occultè et per simulationem idem molitur. Undè benè à Cicerone scriptum est *lib.* 1, *Off.* : Vim et fraudem injustitiæ species esse *pariter reprehendendus*. Hoc interesse quòd vis sit leonis, fraus vulpeculæ (Don., *De jur. civ.*, lib. 15, n° 1).

lib. 15, n° 5). Les banqueroutiers frauduleux ne méritent aucune compassion ; ils ne sont même pas dignes du triste nom de faillis : *Questi non meritano compassione alcuna, nè nome di decottori;* ce sont de vrais voleurs : *Ma sono veri ladri* (De Jorio, part. 1, tit. 2, lib. 4). La loi ne saurait donc trop sévir. D'un autre côté, aussi longtemps qu'un commerçant exécute ses obligations commerciales, loin de nuire au crédit, il y contribue en raison composée de celui qu'il obtient, et réciproquement. La loi protectrice du crédit (1) n'a donc point à s'occuper de lui tant que la condition, *eventus damni*, ne vient pas à s'accomplir.

Si la condition s'accomplit, la loi vengeresse intervient et punit, non la faillite, fait involontaire, *fallimento sforzato* (2), mais les faits de fraude qui *seuls* font la banqueroute, qui *seuls* en composent l'essence, ou en constituent les *éléments*, tout comme on voudra.

En dernière analyse, *et si l'on creuse à fond*, comme dit Domat, on voit clairement que quelques dispositions du Code marchand ont un but analogue à l'objet de l'édit du Préteur sur les édifices qui menacent ruine et dommage. La seule différence, c'est que, vu l'impossibilité d'astreindre chaque commerçant à fournir la caution *damni infecti*, il y est suppléé, quant à la banqueroute frauduleuse, par la stipulation d'une peine afflictive et infamante (art. 591), et de certaines interdictions sociales et commerciales pour le cas de faillite (V. *suprà*, n° 46). Cette analogie est moins une analogie qu'une similitude, car, surtout dans les révolutions où nous vivons depuis 1789, et auxquelles Dieu veuille enfin mettre un terme, le commerce est exposé à tant de vicissitudes, à tant de cataclysmes, qu'à tout instant du jour la fortune du commer-

(1) Pourquoi tous les faits de banqueroute frauduleuse réunis restent-ils impunis quand ils ont pour auteur un non-commerçant? C'est que ce non-commerçant ne saurait, quoi qu'il fasse, porter atteinte au crédit commercial.

(2) Une faillite volontaire est évidemment une banqueroute frauduleuse : *Il fallimento doloso, o volontario, ritienne il nome di bancarotta* (De Jorio, *ubi sup.*).

çant est dans le même péril de crouler avec dommage pour le crédit, que l'édifice ruineux avec dommage pour le voisin; et jamais il ne fut aussi vrai de dire comme a dit Casaregis : *Mercatores sunt semper in statu proximo decoquendi* (Disc. 54, n° 28).

Si la faillite arrive, cet événement conditionnel rétroagit au temps, quelque ancien qu'il soit, où les faits frauduleux ont été perpétrés ou tentés, effet salutaire qui ne peut être produit que par une condition suspensive (1).

Or, le fait conditionnel de la naissance d'une action peut n'avoir rien de commun avec le fait d'où cette action pourrait naître, et c'est précisément ce qui a lieu dans l'espèce.

Mais, si la faillite était un *élément du crime de banqueroute*, ces deux faits seraient aussi inséparables que les éléments d'un corps mixte le sont du corps mixte, et réciproquement, sans que ce corps cessât d'exister. Alors donc, il ne pourrait pas plus y avoir de faillite sans banqueroute, qu'il ne peut y avoir de banqueroute sans faillite, et nous nous abstenons de dire à quoi conduirait une pareille doctrine.

Maintenant qu'il est démontré (nous croyons pouvoir le dire sans trop de présomption) que la faillite n'est pas *un élément nécessaire du crime de banqueroute*, à qui appartient-il légalement de déclarer si une atteinte a été portée au crédit commercial, c'est-à-dire si la condition suspensive, l'*eventus damni*, en un mot, la faillite existe ou n'existe pas? Demandez-le à l'art. 440.

61. — Après cela, en quoi peut-il importer que la banqueroute frauduleuse soit ou ne soit point un *fait prin-*

(1) D'après la raison du droit, cette rétroaction nécessaire pour que le crime soit toujours atteint, serait impossible dans le système de la Cour de cassation. En effet, la banqueroute, comme tout autre fait ne pouvant naître qu'avec toutes les choses qui en constituent l'essence ou en sont les *éléments*, et du nombre desquels serait la faillite, faillite et banqueroute ne constitueraient qu'un tout naissant *eodem momento*, un fait unique et indivisible, impuissant, *per rerum naturam*, à exercer sur lui-même une rétroaction quelconque.

cipal (3ᵉ proposition)? Fit-on abstraction de l'art. 440 (ce qui assurément n'est pas permis), pour que le jury eût voté sur le fait de la faillite, tout au moins faudrait-il que ce fait et celui de la banqueroute eussent des raisons communes d'exister, et les conditions de leur existence réciproque, loin d'être les mêmes, sont aussi incompatibles que la préméditation et l'absence de volonté.

Au reste, que la banqueroute ne constitue pas, ne puisse même pas constituer un fait principal, il est facile de le prouver. A la vérité, la loi du 13 mai 1836 semblerait, en quelque sorte, amnistier cette locution impropre de l'arrêt de 1811, par son art. 1ᵉʳ qui porte : « Le jury « votera... sur le fait principal d'abord, et, *s'il y a lieu*, « sur chacune des circonstances aggravantes. » Mais, en s'exprimant ainsi pour plus de concision (1), sans qu'il en résulte aucune obscurité, cette loi n'a pu vouloir changer le sens grammatical des expressions, encore moins la nature des choses. Or, *in rei veritate*, le fait de la banqueroute n'est pas un fait principal, et ne pourra pas l'être, aussi longtemps que les mots auront la signification qu'on leur a connue jusqu'à présent.

En procédure criminelle, le fait principal (*factum princeps*) est celui qui, dans l'ordre des questions à poser au jury, a la priorité sur tous les autres faits de l'accusation. On ne le nomme *principal* que par opposition à des faits accessoires et circonstanciels, législativement déterminés, qui en aggravent la culpabilité. Mais, la banqueroute frauduleuse étant au comble de sa criminalité dès le premier instant de son existence, elle est, par sa nature, insusceptible de toute aggravation légale; et, de même qu'il ne saurait y avoir de comparatif là où le positif serait un superlatif, de même un fait criminel ne saurait être principal s'il n'est pas mis en rapport avec d'autres faits qui l'aggravent.

Dans la pure vérité, la banqueroute frauduleuse n'est donc qu'un fait *solitaire*. Or, si ce fait unique était isolément mis en question, question et réponse, tout

(1) Nihil æquè convenit legi quàm brevitas, dummodò nullâ obscuritate laboret (Faber, *Ration.*, *De legib.*).

encore serait cassé. Il faut absolument y joindre quelque chose, et ce quelque chose est précisément la faillite, qui ne constitue ni un crime ni un délit, ni la circonstance d'un crime ou d'un délit, et dont la banqueroute n'est ni une *circonstance*, ni une *modification*, preuves évidentes de l'hétérogénéité.

Or, s'il en est ainsi (et l'on n'en peut douter), comment le jury aurait-il à prononcer sur la question de faillite, lui qui ne doit jamais connaître que des crimes et de leurs circonstances? M. Mangin ou Merlin aurait bien dû nous le dire, car là est le nœud de la difficulté; *hæc est summa rei.* Dans toutes les autres accusations, la première question demande aux jurés si l'accusé est *coupable*; cela est sacramentel. Mais comment leur demander si Jacques Bonhomme est *coupable* d'un fait *innocent ?*

62. — Supposons, au contraire, que la faillite soit un crime puni, *v. g.*, de la réclusion, et tout l'embarras va disparaître. Alors, en effet, la faillite serait le fait principal, le *factum principale*, et tout à la fois le *factum princeps,* la banqueroute en deviendrait une circonstance aggravante, le jury aurait incontestablement caractère, et la Cour suprême exigerait probablement des questions posées en ces termes :

Fait principal.

1° Jacques Bonhomme, commerçant, accusé, est-il coupable d'avoir cessé ses payements?

Circonstance aggravante.

2° Le même accusé Bonhomme a-t-il soustrait ses livres?

Si la première question était négativement répondue, il est clair que le jury n'aurait aucunement à s'occuper de l'autre.

Mais, une dernière fois et par nécessité, la faillite est à

l'abri de toute peine criminelle, et toujours le fait *princeps*, le premier fait sur lequel on interroge le jury, doit *nécessairement* être un fait prévu et puni par une loi pénale. Supposez donc, sous la législation existante, notre double interrogation soumise à un jury qui ait répondu affirmativement, sa double déclaration, s'il y a pourvoi, sera inévitablement annulée : la première, parce que le monosyllabe affirmatif répond à une question dont l'objet est un fait qu'aucune loi pénale ne prévoit ni ne punit ; la seconde, chose étrange et bizarre ! parce que la question annulée aurait dû s'y reproduire en raccourci sous les deux seuls petits mots, *commerçant failli*, ellipse incorrecte et louche dont les plus clairs résultats sont une question complexe (1) par le mélange adultère d'un fait innocent avec un fait coupable, et une offense à la syntaxe.

En effet, quand je dis à quelqu'un : Roboam, ébéniste, fait-il bien ses affaires? Le mot *ébéniste* ne lui demande pas plus si Roboam est ébéniste, que le mot *accusé* ne demande au jury si Jacques Bonhomme est accusé. Placés comme ils le sont, ces deux mots n'ont rien d'interrogatif ; ce sont purement des qualificatifs, et il en est ainsi des mots *commerçant failli*, qui, placés de la même manière, ne sont, pas plus qu'eux, objets du verbe *être*.

Par conséquent, ai-je aussi besoin de savoir si Roboam est ébéniste? A moins de vouloir parler comme un habitant de Soles (Σολοιχος), je suis obligé de dire : Roboam est-il ébéniste, et fait-il bien ses affaires?

Il faudrait donc aussi dire : Jacques Bonhomme, accusé, *est-il* commerçant failli, et coupable d'avoir soustrait ses livres? Dissimulé une partie de son actif?... Mais alors cassation. — Non *pour avoir manqué à parler Vaugelas...* (2), la phrase assurément est très-correcte et très-claire ; mais parce que le jury ne doit être interrogé par la question unique, ou par la question principale, que sur un fait criminellement punissable.

(1) Toute question complexe est prohibée par la loi du 13 mai 1836, art. 1.

(2) Ah ! si l'Académie française était aussi Cour de cassation ! ! !

63. — Ainsi, ce qu'il n'est pas permis de dire *in extenso* et correctement, il faut, à peine de nullité, le dire à demi-mots et d'une manière incorrecte. Le condamné vient-il à s'en plaindre ; veut-il soutenir que cette manière écourtée, antilogique et complexe de poser la question trahit de vains efforts pour éviter l'impasse où conduira toujours la transgression de l'art. 440 ; que ce n'est pas là observer la loi ; que c'est la tourner, la fausser, distraire l'accusé de ses juges naturels, les juges de commerce, seuls compétents sur la question de faillite, seuls capables de la juger avec connaissance, on lui répond toujours par les propositions précédemment réfutées, *v. g.*, que *la faillite est un* élément nécessaire *du crime de banqueroute*, que *la banqueroute constitue* un fait principal, etc., et l'on ajoute (arrêt de 1838) : *La réponse affirmative du jury à une question qui embrasse plusieurs faits, les constate tous* (1).., *légalement.*

Légalement ! Mais, y eût-il question sur l'état de *commerçant failli* (ce qui est très-niable), où donc est-il écrit ce caractère ou pouvoir du jury pour constater pêle-mêle des faits hétérogènes, des faits civils et des faits criminels, des faits purement criminels et des faits pure-

(1) Si l'analyse persuade aux jurés que les mots *commerçant failli* sont l'expression d'un état qui n'est pas en question, cela pourra être fâcheux. Mais impossible de faire autrement, à moins de se soumettre à l'art. 440.

Quelques-uns de messieurs les présidents d'assises, pour éviter une incorrection choquante, posent ainsi la question : « Jacques « Bonhomme, accusé, est-il coupable d'avoir, *étant commerçant* « *failli*, frauduleusement détourné, etc. »

In vitium ducit culpæ fuga. Cette rédaction est, pour le moins, aussi fautive que l'autre, car, en bonne logique, cela signifie : Jacques Bonhomme est-il coupable d'avoir frauduleusement détourné, etc., *pendant* qu'il était failli (*dùm esset decoctus?*) Or, presque toujours les détournements de valeurs, les simulations frauduleuses de dettes, etc., se font bien avant la cessation de payements ou faillite. On a vu des banqueroutes frauduleuses préparées sept à huit ans à l'avance. C'est le chef-d'œuvre du genre. Or, toutes les anciennes fraudes doivent être atteintes par la rétroaction de la faillite, en tant que condition suspensive de l'action en banqueroute. Mais, pour découvrir ces fraudes, il faut être un peu plus *éclairé par la connaissance et l'habitude des affaires commerciales* que ne le sont ordinairement MM. les jurés.

ment commerciaux, des faits repris et des faits non repris par la loi pénale, des questions de fait et des questions de droit qui ne sont point incidentes, en outre, des questions préjudicielles? Non pas, il est vrai, si ces questions et ces faits étaient nettement énoncés dans autant d'interrogations séparées; alors il y aurait nullité; mais pourvu qu'ils soient juxtaposés dans une seule et même question, que le jury devra décomposer, s'il en est capable, et comprendre au rebours des premiers principes de la langue! Ce pouvoir irrationnel n'est édicté nulle part. Aussi n'invoque-t-on aucune loi française; on n'eu pouvait pas citer. Dieu merci, il n'en existe pas une qui dise de pareilles choses. Tout est fondé sur une fausse interprétation des deux lois romaines 3, Cod., *De judic.*, et 1, Cod., *De ord. cognit.*, renforcées dans le *Répertoire universel* de la loi 1, Cod., *De ord. judiciorum*, laquelle, suivant Merlin, en est le commentaire (*antidaté de vingt et un ans*) (1), et qui, sainement entendue, condamne sa doctrine ni plus ni moins que ne le font les deux autres.

Eh quoi! en chargeant le tribunal de commerce, et uniquement le tribunal de commerce, de constater par un jugement l'état de faillite, la loi nouvelle aura voulu, comme la loi de 1791, ne confier cette mission difficile qu'à des hommes spéciaux *qui, éclairés par la connaissance et l'habitude des affaires commerciales, peuvent prononcer avec connaissance sur l'ensemble de circonstances* (2) qui constitue cet état; elle aura voulu, de plus, et très-sagement voulu, que les seuls juges compétents fussent ceux de l'arrondissement dans lequel le débiteur a son domicile, où l'on connaît ses mœurs domestiques, ses habitudes commerciales; et il serait permis, il serait indifférent de leur substituer des jurés désignés par l'aveugle hasard, qui pourront être tous des hommes illettrés, ou, si l'on veut, tous des hommes instruits, mais qui, étrangers aux affaires du commerce, s'avoueraient

(1) V. *suprà*, n° 53, *in notis*.
(2) Expressions de M. Renouard, rapporteur du projet de loi, devant la Chambre des députés.

eux-mêmes incapables de lire intelligemment un règlement d'avaries, un compte courant et d'intérêts, un bilan, un compte de banque, des livres tenus en partie double, etc., etc., et dont aucun, peut-être, ne sera domicilié dans l'arrondissement de l'accusé! Et de tels jurés remplaceraient convenablement le *jury spécial*, ce jury de commerçants, dont la célèbre Assemblée constituante avait senti la nécessité pour prononcer avec aptitude sur la question, souvent si délicate et si compliquée (*suprà*, n° 9), de savoir si la faillite existe ou n'existe pas! Et de tels jurés, qui en déclarent aveuglément l'existence, la constateraient *légalement!* Serait-ce en vertu de notre art. 440? Il n'y a pas d'apparence. En vertu donc de quelle loi?

Enfin, une théorie semble-t-elle dans le vrai, quand son application qui ne peut être faite en bon français, de quelque manière qu'on s'y prenne, vient fatalement aboutir à tant d'anomalies et d'inconséquences?

Dans la nôtre, au contraire, respect à la langue, parce que, plus de difficultés à tourner; partant, plus de questions ambiguës et complexes, plus d'irrégularités, plus de contradictions possibles. L'accusé comparaît aux assises avec la qualification immuable, indéniable, de *commerçant failli*, que ses juges naturels lui ont imprimée. Dès lors, la question serait très-simple, et, par cela même, très-conforme à l'esprit de la loi créatrice du jury en France, comme au texte et à l'esprit de la loi de mai 1836. Il suffirait de dire :

Jacques Bonhomme, accusé (déclaré commerçant failli par la juridiction consulaire), est-il coupable d'avoir soustrait ses livres (1)?

(1) Pourquoi ne suit-on pas une marche si simple? Ce n'est pas, à coup sûr, parce qu'on trouverait la loi mal faite; la réforme n'en appartient qu'à elle seule. C'est, nous n'en doutons pas, faute d'en saisir l'ensemble, l'esprit et l'économie, ce qui exige une étude particulière et même une certaine connaissance de la pratique du commerce. D'un autre côté, hélas! il faut bien le dire : on reproche aux tribunaux consulaires d'être trop faciles à couvrir les banqueroutes d'un voile officieux; comme si des juges commerçants n'étaient pas plus intéressés que qui que ce soit à arrêter un fléau dévastateur

On vient de voir en présence les deux théories contraires. Quelle est la meilleure, c'est-à-dire, la plus logique, la plus conforme à l'équité, à la raison du droit, à l'intérêt public, à l'esprit et au texte des lois du commerce, au but de l'institution du jury? Le lecteur en jugera. S'il lui paraît que la nôtre fléchit à la comparaison, qu'elle tourne à l'injustice, et résiste mal à l'épreuve, en un mot, s'il l'a trouvée *plus légère*, à lui permis de dire : *Adpensa est in staterâ, et inventa est minùs habens.*

Résumons brièvement :

Le Code de commerce qui s'est fait Code pénal (*suprà*, n° 48) quant à la banqueroute, pouvait à aussi bon droit en régler la procédure tout entière. Il lui a convenu d'adopter la loi commune, sous une seule modification : préciser l'époque avant laquelle le ministère public n'aurait pas compétence, et, à ce moment, *le jugement déclaratif est rendu.* C'est ce qu'a fait l'art. 483, et il ne l'a fait (car nous défions de lui assigner une autre raison d'être quelconque qu'un esprit droit puisse avouer), il ne l'a fait, disons-nous, que pour mettre obstacle à la transgression de l'art. 440, qui lui-même fait obstacle *à une invasion dangereuse dans les affaires privées des citoyens* (*suprà*, n° 48, *in notis*). Sans cela, le Code n'eût rien dit, et n'eût eu rien à dire du procureur impérial.

Cet art. 440 d'une loi *spéciale* a *spécialement* institué le tribunal de commerce pour déclarer la faillite ; donc,

dont ils sont le plus souvent les premières victimes? Néanmoins on les voudrait placés sous la surveillance du procureur impérial. Si jamais on réalise cette malheureuse idée de quelques auteurs, on aura porté une bien grave atteinte à la prospérité du commerce. Nous pourrions aisément le démontrer. Mais *non est hic locus*. Nous raisonnons des choses dans l'état où elles se trouvent.

Quand les frais de poursuite étaient à la charge de la masse, les créanciers, dans la crainte de tout perdre, ont pu quelquefois se montrer trop faciles. C'était plutôt la faute de la loi que la leur. Mais aujourd'hui que tous ces frais sont à la charge de l'Etat, et que même, au besoin, le Trésor public fait l'avance des frais de jugement déclaratif, d'affiches, d'insertion dans les journaux, de l'arrestation du failli, etc..., on n'a plus à redouter ce grave inconvénient. Jamais, en France, il ne fut aussi difficile à un failli d'obtenir un concordat que depuis la loi de mai 1838. Nous en attestons tous ceux qui ont la pratique de ces sortes d'affaires.

à contrario, et en sens très-direct (V. *suprà*, n° 54), aucune autre juridiction n'a ni cette charge, ni ce pouvoir.

La prétendue non-identité de la faillite et de la cessation de payements, au moyen de laquelle on sépare l'article 437 de l'art. 440, n'est qu'une mutilation de la loi, une pure subtilité qui n'a même plus de prétexte depuis la suppression du mot *ouverture* par la loi de 1838, malgré laquelle des auteurs s'obstinent à s'en servir.

Conséquence : le ministère public n'a pas d'action avant le temps marqué par l'art. 483.

Conséquence de la conséquence : le juge criminel ne peut être saisi avant le jugement déclaratif.

Dans la supposition contraire (*datâ non concessâ*), l'accusé est-il *commerçant failli*, est une question d'état (la Cour suprême l'a ainsi jugé (1), et bien jugé) ; comme telle, éminemment d'ordre public, donc, incompétence proposable en tout état de cause, même, pour la première fois, en Cour de cassation.

En outre et en tout cas, c'est une question d'état de laquelle *dépend la peine* ; elle est donc préjudicielle (lois 3 et 4, C., *De ord. cognit.*).

Les conséquences que l'on déduit des art. 189, 327 du Code civil, et 3 du Code d'instruction criminelle, sont manifestement fausses en ce qui touche la banqueroute. Ces lois ne sont pas édictées pour l'ordre spécial et classifié de choses dans lequel on les transporte, ou qu'on y fait entrer de force.

La jurisprudence n'a d'autre appui que les deux lois romaines invoquées dans le *Répertoire universel*. Or, rétablies dans leur texte et leur sens, ces lois disent précisément le contraire de ce que Merlin leur fait dire.

Cette jurisprudence a pour effet :

D'introduire dans le jugement criminel des inconsé-

(1) V. *suprà*, n° 40, *in notis*.
Puisque, en matière d'*élections*, la question de savoir si un individu est *commerçant failli* constitue une question d'état et préjudicielle, elle est donc aussi une question d'état et une question préjudicielle en matière de banqueroute et en toute autre matière, car, de sa nature, l'état est indivisible.

quences, des anomalies, des embarras, des incorrections de langage qui dénoncent une déviation de la loi des faillites, et d'en renverser l'économie, jusque dans son principe fondamental, *l'égalité entre tous les créanciers.*

L'exception de propriété immobilière est reconnue préjudicielle, non qu'aucune loi le dise, mais par le motif unique et très-sage que *la propriété immobilière est essentiellement dans le domaine des tribunaux civils* (nº 4 de la *note*, jurisprudence constante.)

Il en est ainsi de l'exception de nullité du premier mariage dans une accusation de bigamie, parce que, sans la validité de ce mariage, il ne pourra y avoir ni crime, ni délit. C'est une application du principe érigé en loi par les empereurs Alexandre-Sévère et Gordien : *Quandò pœna delicti pendet à statu, quæstio statûs priùs dirimenda est.*

Par parité de raison, ne pouvant y avoir faillite sans commerçant, et la faillite étant un fait *essentiellement commercial*, par suite, *essentiellement dans le domaine des tribunaux de commerce*, l'exception de *non-commerçant*, ou de *commerçant non failli*, constitue une question principale, et conséquemment une exception préjudicielle.

Enfin (et c'est ici le point culminant de la discussion), la faillite, fait involontaire, et toujours à plaindre, n'est ni ne peut même être, vu l'incompatibilité de la fraude avec l'absence de volonté, un *élément nécessaire* de la banqueroute frauduleuse (V. *suprà*, nº 60). Mais c'est un *événement nécessaire*, dont la constatation *préalable* (article 440) *est de toute nécessité* (art. 591) pour que cette fraude, impunie chez le non-commerçant qui ne peut nuire au crédit commercial, passe à l'état de crime, quand l'auteur est commerçant, et pour que le ministère public ait le droit et le devoir de poursuivre ce crime (1). Donc le caractère ou pouvoir du jury ne s'étend pas *légalement* du fait de la banqueroute au fait de la faillite.

Pleins de confiance dans ces raisons, nous appelons res-

(1) Il va sans dire que tous les principes qui viennent d'être exposés sont applicables, *mutatis mutandis*, à la banqueroute simple.

pectueusement de la Cour suprême à la Cour suprême.

La Cour aurait encore une réforme à faire dans sa jurisprudence criminelle, en général, et spécialement en matière de banqueroute frauduleuse. Nous voulons parler des questions alternatives.

Supposez une question conçue en ces termes : Jacques Bonhomme, commerçant failli, accusé, est-il coupable, *soit* d'avoir soustrait ses livres, *soit* d'avoir dissimulé une partie de son actif, *soit* de s'être frauduleusement reconnu dans ses écritures débiteur envers Booz de vingt mille francs qu'il ne lui devait pas? Quatre des douze jurés n'ont de conviction que sur cette dernière alternative; quatre ne sont convaincus que sur la seconde; les quatre autres le sont sur la première uniquement; et néanmoins tous déposeront *oui* dans l'urne par obéissance à la loi de mai 1836, qui ne permet point les distinctions et les restrictions que chaque votant pouvait exprimer sous l'ancien Code d'instruction criminelle.

Quel est le résultat? L'accusé est déclaré coupable *à la majorité de plus de sept voix*, ce qui, dans notre hypothèse, se traduirait par l'unanimité (1).

Cependant, si chacun des trois faits eût été l'objet d'une question distincte, il n'y aurait de majorité sur aucun de ces faits, et l'accusé serait mis en liberté.

Les questions alternatives compromettent donc les droits de l'innocence.

Telle n'est pas, il est vrai, l'opinion de M. de La Cuisine, surtout en matière de complicité : « Il ne faudrait « pas, dit cet honorable président d'assises, que, d'après « le genre de conviction que chaque juré pourrait avoir « diversement éprouvée, le coupable pût échapper à tra- « vers ces solutions éparpillées, insuffisantes en nombre « pour former un verdict affirmatif, mais peut-être una- « nimes, en réalité, pour admettre l'idée mère de tous ces

(1) Si quatre des douze jurés n'ont de conviction sur aucun des trois faits, l'accusé n'en aura pas moins contre lui une majorité de plus de sept voix, et une condamnation s'ensuivra inévitablement.

« éléments, c'est-à dire, la complicité elle-même dans son « ubiquité constante (1). »

C'est sans doute la faute de notre intelligence peu exercée à l'idéologie; mais nous ne comprenons pas ce langage. Par exemple, l'*idée mère* de tous ces *éléments* qui constituent la complicité *dans son ubiquité constante à travers* des *solutions éparpillées*, est pour nous une énigme dont le mot nous fuit. Nous ne comprenons pas davantage comment, dans une Cour de justice, on peut être appelé coupable quand on n'est encore qu'un accusé. Nous ne voyons bien qu'une seule chose : c'est qu'il s'agit d'un verdict par suite duquel des hommes, des citoyens, seront ou pourront être (2) condamnés aux travaux forcés à temps sur une simple possibilité, une conjecture, un PEUT-ÊTRE que démentirait le résultat vrai du scrutin, si ce résultat eût pu être constaté, et c'est là, selon nous, une énorme injustice.

L'art. 312 du Code d'instruction criminelle place sur la même ligne *les intérêts de l'accusé et ceux de la société qui l'accuse*. C'est l'égalité des chances érigées en principe général, et la loi ne s'en écarte jamais qu'en faveur de l'accusé. Par conséquent, qu'il soit poursuivi comme auteur ou qu'il le soit comme complice, il peut toujours, à bon droit, demander la division.

(1) *Traité du pouvoir judiciaire dans la direction des débats criminels*, p. 248.

(2) Les *circonstances atténuantes* font modifier la peine afflictive. Mais ne fût-il condamné qu'à deux ans d'emprisonnement correctionnel, l'accusé n'en est pas moins condamné pour crime, et l'infamie subsiste.

On abuse étrangement des circonstances atténuantes, et si cet abus qui va toujours *crescendo* ne cesse, il finira bientôt par leur porter malheur. Nous en avertissons MM. les jurés : il n'est plus sûr moyen de compromettre une institution libérale, une liberté publique, que d'en abuser à l'excès.

CHAPITRE TROISIÈME.

Des achats et ventes contractés et non exécutés, imparfaitement exécutés ou parfaitement exécutés, le jour où l'un des contractants est déclaré failli.

SOMMAIRE.

64. Après avoir envisagé, dans le paragraphe précédent, la loi des faillites au point de vue de l'intérêt public (la protection du crédit), nécessité de l'envisager maintenant au point de vue des intérêts privés.

65. Observations sur la loi des faillites; indication d'une triple défectuosité.

66. L'état du commerçant que vient de frapper un jugement déclaratif, défini par son exacte similitude avec celui d'un homme que vient d'atteindre une certaine maladie *sui generis;* le failli reste privé de toute capacité; il ne peut plus rien faire de valable, et, par suite, aucun de ses créanciers, ni autre, ne peut valablement rien faire avec lui, ni par rapport à lui.

67. Conséquence : « A partir de la date du jugement déclaratif, qui n'avait pas de droits n'en peut plus acquérir, et les droits qui existaient lors de ce jugement demeurent immuables, et se règlent en conséquence. »

Autre conséquence : « De tous ceux qui ont fait crédit à la *personne* du failli, chacun supporte la perte en proportion de ce crédit. La loi *des faillites* est éminemment *une loi d'égalité.* »

68. Signification des mots *faillite, masse, ayant-cause, représenter, tiers, payer,* et différence entre *demander* et *revendiquer* en justice.

69. Ce que le mot *faillite* signifie sous un rapport exclusif au failli; ce qu'il signifie par rapport à l'universalité des créanciers; *la faillite est, à bien des égards, la présuccession vacante du failli.*

70. Ce que signifie le mot *masse* dans ses diverses acceptions; définition de la masse des créanciers; quels créanciers elle comprend, et à quel titre; la masse est tenue de fonctionner par un ou plusieurs syndics; ces syndics constituent un *mandataire collectif.*

71. Tout, dans la loi des faillites, tend à l'unité; preuve par énumération.

72. La masse des créanciers n'est pas une société; c'est un *consortium* forcé, fortuit; sa double fin; elle administre dans son propre intérêt; elle est capable de s'obliger et d'obliger envers elle.

73. Fausseté démontrée du prétendu principe que *la masse représente le failli.*

74. En quel sens la masse pourrait paraître *loco decocti;* au fond des choses, c'est toujours la faillite et la succession vacante que le syndic et le curateur personnifient; ce que signifie, en droit, l'expression *personnifier;* diverses acceptions du mot *représenter.*

75. On doit et il importe de distinguer l'action *dans la faillite*, l'action *contre la faillite,* l'action *contre la masse*; quand l'action est intentée dans la faillite; quand, contre la faillite; quand, contre la masse.

76. Cas unique où l'action procède contre la *masse* et contre la *faillie*; les créanciers (la masse) ne sont pas plus des *ayants-cause* ni des *tiers* à l'égard du débiteur failli, qu'ils ne le sont les uns à l'égard des autres; la masse n'est substituée *ni aux droits passifs ni aux droits actifs* du failli.

77. Toutefois, la masse, qui n'est pas forcément ayant-cause du failli, peut le devenir équivalemment; quand et comment.

78. A quel titre elle le devient; lorsqu'elle le devient, elle représente le failli à l'*état de solvabilité dans lequel il était ou était censé être, avant sa cessation de payements.*

79. Cette théorie, conséquence de l'art. 1166 du Code Napoléon, est en harmonie avec l'art. 578 du Code de commerce.

80. Pourquoi dans les deux cas, n° 8, les créanciers peuvent attaquer par tierce opposition un jugement obtenu contre le failli avant sa faillite; nécessité de ne pas confondre

l'art. 1166 avec l'art. 1167 du Code Napoléon; un créancier *représente* ou ne *représente* pas son débiteur, selon qu'il agit en vertu de l'art. 1166 ou en vertu de l'art. 1167 du Code Napoléon; dans la masse, chacun des créanciers est à ses droits personnels; le failli n'y a point d'ayants-cause.

81. Principe: *l'unique ayant-cause ou représentant du failli, c'est la faillite;* singulier privilége de cet ayant-cause; raison du privilége.
82. Un principe inverse doit remplacer celui de M. Pardessus; ce principe formulé.
83. Inapplicabilité, en matière de faillite, de l'art. 1328 du Code Napoléon; la règle à suivre; cette règle, base d'un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1825, *in notis*.
84. Double acception du mot *payer*, dans la langue du droit.
85. Résumé et formule de la doctrine exposée; nulle action, soit en délivrance, soit en payement, contre la masse, ni contre la faillite.
86. Distinction entre qui revendique, et qui demande livraison.
87. Extrême importance de la distinction; raison de cette importance.
88. Enonciation d'un principe contraire au droit civil, et spécial à la revendication en matière de faillite.
89. Principes auxiliaires et organiques de ce grand principe.
90. S'il s'agit d'une loi préventive de la fraude, toute demande *dans la faillite* ou *contre la faillite* doit être jugée selon *le droit le plus strict;* ce que ces mots signifient; *toute loi exceptionnelle que l'on fait fléchir sous prétexte d'équité, manque son but et n'est plus qu'injustice.*
91. Transition à la division du sujet; cette division indiquée.
92. Néanmoins, il convient d'exposer préalablement le droit des faillites par rapport à la participation.
93. Définition de la participation considérée *in specie*, c'est-à-dire appliquée aux achats et ventes du commerce.
94. Doctrine de M. Troplong (*Sociétés*), d'après laquelle lorsque, étant négociant à Bayonne, vous acceptez *pour un tiers* l'offre que vous a faite un négociant de Bordeaux d'acheter avec lui une partie de cafés qu'il devra revendre à perte et profits communs, vous n'avez pas le droit de revendiquer ce tiers, si le coparticipant tombe en faillite après la livraison et avant la revente.
95. L'auteur attribue à Savary la décision d'une question de propriété sur laquelle celui-ci ne s'est pas expliqué; analyse de l'enseignement de Savary.
96. L'enseignement de M. Troplong a ses dangers, vu surtout la grande autorité de ce jurisconsulte; cet enseignement

ne conduit à rien moins qu'à la violation de la propriété.

97. Preuve de cette proposition par la simple analyse de la correspondance.

98. L'auteur a cru définir *les rapports que la participation engendre;* principales défectuosités de cette définition.

99. Le même auteur confond la *chose* avec l'*affaire*, l'*affaire* avec l'*opération;* signification propre de chacun de ces termes en matière de participation.

100. Dans une participation, il est essentiel de distinguer la convention *principale* et les *pactes accidentels;* quand la chose appartenait déjà tout entière à l'un des coparticipants, on juge, par interprétation ou par les circonstances, si la communication de la propriété fut dans l'intention commune des contractants ; c'est l'appréciation souveraine d'un fait, et cela ne se décide point par les règles du contrat de vente.

101. Mais lorsqu'il est de fait qu'une commission a été donnée et acceptée pour l'achat, la question de savoir si le commettant est ou n'est pas devenu copropriétaire est un point de droit qui se juge par les règles du contrat de mandat.

102. Il n'est sorte d'erreurs qu'on n'ait enseignées en matière de participation : par exemple, de ce que la participation est une société *occulte*, on a conclu que, si elle se *divulgue*, tous les associés sont tenus solidairement

103. Autre erreur : les uns prétendent que la participation est une société et une société *être moral;* les autres, qu'elle n'est pas une société, et qu'elle manque des conditions requises par l'art. 1832 du Code Napoléon.

104. Ces deux systèmes sont deux erreurs, qui, bien qu'opposées l'une à l'autre, ont néanmoins la même origine.

105. Preuve de la proposition ; le commerce n'a eu garde de répudier le contrat de société, pur de toute fiction, non moins nécessaire à ses besoins que les sociétés personnifiées; à la différence de ces dernières, la participation est restée sous l'empire du pur droit naturel; définition de la participation considérée *in genere*.

106. Résumé et principe : la participation est une société qui peut être ou n'être pas de *re communicandâ*, et n'est pas plus être moral dans l'un des deux cas que dans l'autre; conséquences.

107. Comment sont réglés les droits du vendeur et des deux participants, ou de la faillite respective de ceux-ci, *pro varietate casuum*.

108. Les droits du vendeur contre le participant de Bayonne, qui n'a pas payé sa part de l'achat, si le participant de

Bordeaux n'est pas en faillite ; son action procède en vertu de l'art. 1166 du Code Napoléon.

109. Si le participant bordelais est en faillite, le vendeur n'a plus d'action, même contre la faillite du coparticipant-commettant.

110. Devoirs du participant de Bayonne, s'il a payé son tiers du prix, et qu'il revendique dans la faillite du participant de Bordeaux ; ce qu'il doit faire dans ce dernier cas, s'il n'a pas payé.

111. Le syndic de Bordeaux n'a pas le droit de conduire la participation à fin par la revente ; pourquoi ?

112. Ce que peut et doit faire le syndic de Bordeaux au cas très-probable où celui de Bayonne ne revendique pas, vu que son failli n'a pas payé le tiers des cafés, venus en baisse, *v. g.*, de 25 à 30 p. 100.

113. Si, par suite d'une participation pour achat et revente, une société en nom collectif, déclarée en faillite après l'achat et avant la revente, est débitrice de l'un des sociétaires, *v. g.*, pour avances, le créancier de ce sociétaire qui se constitue *prenant*-cause doit être admis au passif de la faillite sociale ; réciproquement, si c'est la société qui a fait les avances, elle doit être admise au passif de la faillite du sociétaire participant ; en quel cas et quand le partage de la chose achetée pourra ou ne pourra pas être demandé.

114. Pourquoi on s'est abstenu de citer les anciens docteurs italiens ; chez eux, les mots *particeps*, *partecipe*, *partecipazione*, *participatio*, ont principalement rapport à la société dite *accommenda* ou *accommandita* ; néanmoins, la convention de participation existait en Italie, comme ailleurs, à l'état de contrat *juris gentium*.

64. — Le paragraphe précédent n'envisage la loi des faillites qu'au point de vue de l'intérêt public, et, considérée sous cet aspect, elle n'a qu'un but, la protection du crédit (1) qui est la vie du commerce, comme le com-

(1) Il faut voir dans Locré, t. 7, l'analyse de la discussion au Conseil d'Etat, sous la présidence de l'Empereur, touchant la revendication en matière de faillite. M. le conseiller d'Etat Jaubert, que Sa Majesté avait spécialement chargé d'un rapport, y exposa les opinions d'un grand nombre d'auteurs anciens, et, sans omettre ni *Rogue*, ni *Nicodème*, il ne fit pas mention de Casaregis, plus compétent qu'eux tous ensemble sur cette grave matière, n'eût-il écrit

merce est la vie du peuple et le plus sûr garant de la tranquillité publique. Maintenant, il nous faut l'envisager au point de vue des intérêts privés, et cela principalement sous un triple rapport : l'intérêt commun de tous les créanciers qui le sont sans contestation, ou après la contestation jugée ; l'intérêt de tout créancier, ou de quiconque se dit créancier, et dont les prétentions contestées sont contraires à cet intérêt commun ; enfin, l'intérêt de ceux qui, en se défendant d'être créanciers, veulent qu'on retire à leur profit personnel de l'actif du failli certaines choses qui, suivant eux, ne doivent pas y rester comprises ; sources abondantes de litiges ruineux que presque jamais la loi ne décide textuellement, que, le plus souvent, elle n'aurait pu décider d'une manière explicite, et dont cependant le plus grand nombre ne surgiraient pas, si on prenait la peine d'étudier à fond le Code de commerce, au lieu de le feuilleter pour le besoin du moment, moyen

qu'un seul de ses discours sur les faillites, *concursus creditorum*. Au reste, il suffit de lire cette discussion pour se convaincre que le grand capitaine qui y présidait était né législateur, c'est-à-dire, avec ce coup d'œil rapide et profondément intuitif qui va se fixer droit sur le point capital, *cæteris præteritis*. Pour Napoléon, cette question unique : *Qu'y a-t-il de plus favorable au crédit?* absorbait évidemment toutes les questions de droit si savamment agitées devant lui par les plus éminents jurisconsultes de l'empire. Tant ce génie étonnant, qui avait fait son cours de législation en dictant des lois à l'Europe, une épée victorieuse à la main, était naturellement imbu de la double maxime de Casaregis, qu'on ne lui avait pas citée, et que probablement il n'avait jamais lue : *Coràm publici commercii utilitate, omnes regulæ juris silere debent*, quoniam *mercatura respicit* publicam utilitatem, et dicitur quintum reipublicæ et mundi elementum. *Serenissimus noster magnus dux Etruriæ primus, politicorum omnium facilè princeps, affirmare consueverat duo brachia corporis reipublicæ utiquè esse commercium terræ ac maris* (Disc. 144, nos 34 et 35, et Disc. 190, n° 13). « Devant l'intérêt du commerce, « toutes les règles du droit doivent se taire, parce que le com- « merce est d'un intérêt universel, et le cinquième élément de « l'Etat et du monde entier. Notre sérénissime, le premier grand- « duc d'Etrurie, qui était incontestablement le premier des hommes « politiques, avait coutume d'affirmer que *les deux bras du corps de « l'Etat sont le commerce de terre et de mer.* » C'est précisément ce que disait Valin (V. t. 4, n° 11). C'est encore précisément ce que disent les discours préliminaires du Code civil et du Code de commerce.

sûr de ne jamais le savoir : *Scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem.*

65. — On a fait à ce Code beaucoup de reproches immérités, et, sous un rapport important, nous l'avons complétement justifié, t. 4, n° 11 ; t. 1er, n° 116. Spécialement, et à part les trop nombreuses formalités (1), lesquelles sont hors de notre sujet vu leur variabilité naturelle, et notre vif désir de les voir modifier, nous disons encore que la loi des faillites est, en général, une loi sage, une loi juste et bien faite ; mais elle a ses imperfections, comme tout ce qui sort de la main des hommes. Trop de concision, nous l'avons déjà dit, la rend quelquefois insuffisante ou obscure (2). Ici, par exemple, elle formule une disposition dont la lettre semble contraire à une autre loi ou à un principe de droit qu'elle n'aurait pu vouloir abolir sans s'abolir elle-même dans ses principes les plus certains ; c'est apparemment l'effet d'un oubli, d'une distraction. Là, par un usage intempestif de la maxime très-vraie que *qui veut le conséquent* (exprimé) *veut nécessaire-*

(1) On en supprimerait la moitié, qu'il en resterait encore beaucoup trop.

Ce qui importe aux créanciers, c'est bien moins la multiplicité des précautions, le plus souvent inutiles, et la symétrie des formalités, que la promptitude dans la liquidation. Il n'est pas de commerçant qui n'aimât mieux recevoir 25 ou 30 pour 100 dans trois ou quatre mois, que 40 ou 50 pour 100 au bout de quatre ou cinq ans, terme moyen d'une liquidation de quelque importance, selon les formalités actuellement prescrites, et qui sont, au reste, coordonnées très-artistement. Nous parlons des faillites où il n'intervient pas de concordats.

La seule perte des intérêts dévore le dividende, et souvent, tout compte fait, le créancier n'a recueilli de sa créance qu'une grande perte de temps, plus des frais en pure perte. En outre, que de capitaux inactifs pendant de longues années, et quel préjudice à l'intérêt public !

Mais pour prévenir ces graves inconvénients, il faudrait faire ce qu'on ne fera probablement pas de longtemps, changer le système et en fonder un qui eût, *servatis servandis*, le plus d'analogie possible avec le droit antérieur à celui de Justinien, sur le *concursus creditorum*.

(2) *Nihil æquè convenit legi atque brevitas*, dummodò nulla obscuritate laboret (Faber, *Ration.*, *De legib.*, p. 33).

ment l'antécédent nécessaire (sous-entendu) (1), elle ne montrera son principe que dans les conséquences qu'elle en déduit, et le suppose incontesté, ce qui n'est pas toujours vrai. C'est de là que la doctrine est partie pour enseigner, et la Cour de cassation pour juger (V. t. 4, n° 6) que « toutes les lois composant le Code civil sont appli- « cables au commerce dans tous les cas où il n'y a pas été « dérogé par une loi spéciale. » Que de contestations, que de mauvaises décisions le Code n'eût-il pas prévenues, s'il eût textuellement dit (et qu'eût-il coûté de le dire?) comme le discours préliminaire : « Dans le commerce, la « propriété se transmet par la tradition » ! Ailleurs, usant de la maxime à l'inverse et non sans le même inconvénient, la loi énonce un principe sans en exprimer certaines conséquences qui, déduites, sont elles-mêmes autant de principes. Or, dans cette dernière catégorie, il en est un surtout, fécond en conséquences, qui les domine tous, et sans lequel la matière ne saurait être logiquement expliquée.

Du jour de la déclaration de faillite, et *de plein droit*, le débiteur est dessaisi, et les créanciers sont saisis de l'administration de ses biens. Voilà le principe, le seul principe énoncé (art. 443). Mais le jugement déclaratif, le dessaisissement du failli, la saisine des créanciers, quels effets produiront-ils des créanciers au failli, de créanciers à créanciers, et de tous les créanciers à toutes les personnes qui prétendent l'être, ou ne l'être pas et avoir des droits en vertu de quelque autre titre que celui de créancier? Nul texte ne le dit d'une manière explicite, et là est la cause d'un nombre infini de procès. Essayons de le dire, et de le dire de manière à le faire comprendre à toutes les intelligences.

66. — Il est une maladie du corps humain, d'un effet aussi prompt que la foudre. Tout d'un coup et au mo-

(1) Quisquis vult consequens, necesse est ut velit etiàm necessarium antecedens (Faber, *Ration., ad. leg.* 52, § 2, *De act. empt. et vend.*).

ment même où quelqu'un en est atteint, elle arrête en lui tout mouvement volontaire, et le tient soudé dans l'attitude où il était au moment de l'attaque. Par exemple, s'il avait les bras ouverts ou la main sur la tête, il reste les bras ouverts ou la main sur la tête ; s'il écrivait, il reste dans la posture d'un homme qui, à certaine distance, semble écrire. Mais sa main immobilisée ne continue pas ce qu'elle a commencé.

Cet homme est la parfaite image du commerçant contre lequel le juge consulaire (*et non alius*) vient de prononcer un jugement déclaratif. La loi lui crie : *Arrête* (1), et, *sur l'heure*, *à l'instant*, *sur-le-champ*, tout mouvement commercial, toute capacité unilatérale ou consensuelle cessent en lui. Par exemple, s'il avait commencé un marché, l'exécution d'un contrat, un passement d'écritures, une missive, il ne peut continuer; une signature, il ne peut achever : *remanet res infecta*. Plus pour lui de faculté d'agir. Plus même de volonté : c'est un corps inanimé : *Non ha volontà, e si tiene per morto* (2). Or, fût-il aux extrémités du monde, rien ne peut le soustraire, ni à l'empire de l'art. 440, *statut personnel* qui le suit partout, *tanquàm lepra leprosum* (3), ni à l'effet subit d'un jugement dictatorial qui se trouve tout exécuté par cela seul qu'il a été prononcé. Le failli ne peut donc rien dans son état cataleptique; par suite, nul ne peut plus rien

(1) Sta sol... (*Lib. Josue*, cap. X).

(2) *Decozione si equipara alla morte naturale* (Casareg., *Il camb. instruito*, Disc. 4, n° 7).

Après avoir expliqué l'effet subit de la faillite sur le failli, De Jorio continue ainsi : *Non può nemeno confessare o volontariamente e spontaneamente cedere. Non può dichiarare : non può scrivere nei suoi libri alcuna partita a danno, o avantaggio altrui, non mutare le partite scritte, o stornarle, o notarvi qualche cosa, o scrivervi, ne compensare un credito con altro credito che sarebbe toccato al suo debitore dopo la sua decozione.* Il ne peut avouer une dette (*qui non potest dare, non potest confiteri*), ni faire aucune cession ; passer aucunes écritures, faire aucuns virements de parties, rien noter ou écrire sur ses livres, ni opérer aucune compensation de lui à son débiteur, devenu son créancier depuis la faillite (V. *suprà*, n° 20, *in notis*).

(3) Expression énergique de Casaregis, dans le pays duquel les meubles avaient *suite par hypothèque*.

faire avec lui ni par rapport à lui, de nature à modifier en rien sa situation active ou passive ; et c'est ainsi que le contre-coup électrique du jugement *fulmine* contre ce commerçant, frappant en même temps d'une impuissance relative ses créanciers eux-mêmes et tous prétendants droit. « Droits actifs ou passifs, qualités, créances, écri- « tures, *tout*, en un mot, *reste forcément immuable.* »

67. — De là ce grand principe, ce principe fondamental : « Sauf les cas prévus par les art. 446 et 447 « (desquels il est parlé plus haut, n° 7, et dont nous au- « rons encore quelque chose à dire) et par l'art. 598, « les droits de tous indistinctement, créanciers, contrac- « tants ou autres, sachant ou ne sachant pas la faillite, « demeurent invariablement fixés dans l'état où ils étaient « la veille du jugement déclaratif, et se règlent, *in judi-* « *cio*, conséquemment à cet état d'*immutabilité.* »

De ce principe il en découle un autre, ou plutôt, sous une autre formule, c'est toujours le même principe. Justement comparée au naufrage d'un vaisseau chargé à cueillette, la faillite étant un sinistre commun à tous ceux qui ont suivi la foi seule du débiteur commun, « tous « partagent la perte, et chacun d'eux la supporte en pro- « portion du crédit qu'il a fait *à la personne* du failli. » *La loi des faillites est éminemment une loi d'égalité.*

68. — Ces notions premières sont indispensables. Qui ne les possède pas ne peut rien entendre au droit des faillites. A qui les possède, il faut, de plus et entre autres choses, des idées nettes et précises sur la signification des mots *faillite*, *masse*, *ayant-cause*, *représenter* quelqu'un, *tiers*, *payer*, expressions à deux ou plusieurs ententes (1), qui reviendront sans cesse faute de synonymes

(1) Le sens multiple des mots embrouille toujours les idées plus ou moins, et, de cette confusion à de faux principes, la voie est directe avec embranchement sur toutes les autres parties de la matière en explication. Il est bien rare, en effet, que ce qui mène à l'erreur directement n'entraîne pas à des erreurs collatérales.

pour en modifier la valeur, et pour en nuancer les diverses significations. Il lui faut aussi bien comprendre quelle est la différence entre *demander* et *revendiquer* une chose en justice.

69. — Dans le cours des explications qui vont suivre, *faillite* ne signifiera plus la *cessation de payements*, ni la cessation de payements *faillite*, fait accompli, constaté par le juge consulaire, et duquel, pour n'y plus revenir, nous avons dit (*suprà*, n°s 9 et suiv.) tout ce que nous devions en dire. Ce que, par rapport au failli, le mot *faillite* signifiera désormais, c'est son décès commercial (V. *suprà*, n° 66), l'effet immédiat du jugement déclaratif, l'invariabilité de tous les droits par la subite impuissance où le débiteur commun est mis de rien faire au préjudice de ses créanciers en général, ni au préjudice ou en faveur d'aucun d'eux individuellement : *Niente potra oprare in pregiudizio de suoi creditori, dopo la sua decozione* (1).

Mais, par rapport à l'administration dont ces mêmes créanciers sont saisis, le mot *faillite* signifie la collection, le *totum* juridique des biens et des dettes du failli, comme l'hérédité est la collection, le *totum* juridique des biens et des dettes du défunt (2). Envisagée sous cet aspect, « la « *faillite* est un *être moral* qui *seul* représente le failli, « comme l'*hérédité seule* représente le défunt dont la suc« cession est vacante, et à laquelle on nomme un curateur « pour la personnifier, comme des syndics, nommés d'of« fice pour la masse, personnifient la faillite. »

La faillite est, à bien des égards, la présuccession vacante du failli.

70. — On dit la masse des biens et la masse des dettes,

(1) De Jorio, *ubi suprà;* Casareg., Disc. 135, n° 4; Straccha, *De decoctor.*, part. 3, n° 30; Card. Mantica, lib. 3, tit. 1, n° 37.

(2) « Le patrimoine d'un défunt, considéré comme un tout juri« dique, comme une universalité, s'appelle sa *succession*. On le « nomme aussi *familia*. La succession se compose donc, non-seu« ment des droits sur les créances qui appartenaient au défunt, « mais aussi de ses dettes... » Macheldey, *Inst. du droit rom.*, liv. 4, sect. 1re, § 605.



comme on dit la masse des créanciers. Mais, quand le sens n'en est pas expressément déterminé, le mot *masse* signifie le collége des créanciers *chirographaires.* Ce sont les créanciers de cette catégorie qui ont fait crédit à la personne (1) du failli. Les gagistes, ou hypothécaires, ont bien plus fait crédit à *la chose* qu'à *la personne.* Néanmoins, ils sont aussi de la masse, parce qu'ils ont une double action : les uns, une action personnelle et hypothécaire; les autres, une action personnelle et quasi-servienne.

C'est comme ayant une action personnelle, et conséquemment comme créanciers chirographaires, qu'ils font partie de la masse.

Le collége des créanciers (la masse) est le curateur, l'administrateur de la faillite, dans son propre intérêt, et, par répercussion, dans l'intérêt du failli, à qui il n'importe pas moins qu'aux créanciers que ses biens rendent le plus possible; c'est, en un mot, le *concursus creditorum*, la fusion de toutes les créances *en une créance unique, commune, indivisible*, en tant qu'il s'agira de la défense et du soin des intérêts communs. La *masse* est donc à la fois un créancier collectif et un curateur collectif, double qualité dans laquelle, sans pouvoir fonctionner elle-même, pas plus que nul des créanciers individuellement vu l'indivisibilité des créances massées (V. *suprà*, n° 3), elle est tenue de fonctionner par un ou plusieurs syndics que le juge lui nomme (art. 462), et qui néanmoins sont censés tenir d'elle le mandat de gérer ses intérêts de créancier collectif, et celui d'administrer la faillite ou masse des biens et des dettes du failli, comme le curateur d'une succession vacante administre la masse des biens et des dettes du défunt (2);

(1) C'est le crédit *à la personne* qui est la vie et l'âme du commerce. C'est par ce crédit que les capitaux sont centuplés, et qu'un négociant de bonne réputation qui n'a que 100,000 fr. de capital, pourra faire chaque année peut-être pour plusieurs millions d'affaires. Quelle source de travail et d'aisance pour le peuple! Le crédit et l'association qui enhardit le crédit, voilà *les deux bras* du commerce.

(2) Le syndic est si bien un curateur, et telle est l'analogie, ou

Et ces mandataires anormaux, s'il en a été nommé plusieurs, constituent eux-mêmes un *syndic ou mandataire collectif* avec solidarité, sauf le cas prévu par l'art. 465.

71. — *Tout, dans la loi des faillites, tend à l'unité :*
Unité de but, l'égalité pour tous;

Unité de tribunal pour prononcer la déclaration de faillite;

Unité de jour avant lequel le ministère public ne peut agir (V. *suprà*, n° 49).

Unité de la faillite, *totum* des biens et des dettes;

Unité de créances par la fusion de toutes en une seule;

Unité dans la nature des créances, car plus de distinction entre la créance *civile* et la créance *commerciale;*

Unité du terme de leur exigibilité, quelque différentes qu'en fussent les échéances;

Unité de syndicat, car, malgré les mots *provisoires* et *définitifs* (art. 462), il n'y a plus deux espèces de syndics;

Unité de juridiction pour la vérification des créances, et pour le jugement de tout ce qui concerne la faillite (art. 493, 635);

Unité du concordat;

Unité du moment hors duquel un concordat ne peut être signé, à peine de nullité (art. 509);

Unité de l'union;

Unité de syndics pour la liquidation (art. 532);

plutôt la similitude, entre la faillite et la succession vacante que, la liquidation terminée, les syndics rendent leur compte en présence du failli (art. 527), comme le curateur rend le sien en présence de l'agent du fisc. Si les biens ont excédé les dettes, ce qui doit arriver rarement, mais n'est pas impossible, l'excédant appartient au failli, au cas de faillite, comme il appartient au fisc, au cas de vacance.

Plusieurs auteurs (*Nouv. Denisart*, v° *Faillite*) assimilent la faillite à la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Cette assimilation est, à coup sûr, moins exacte que la nôtre; car (disparité notable!) l'héritier bénéficiaire se représente lui-même, et a la propriété, tandis que le curateur qui personnifie l'hérédité, et le syndic qui personnifie la faillite, ne l'ont pas plus l'un que l'autre.

Enfin, *unité* de juridiction pour prononcer sur l'excusabilité du failli (art. 538).

Tout ce qui, dans la doctrine ou dans la jurisprudence, peut avoir effet de rompre cette *unité*, contrarie l'esprit de la loi des faillites, et en trouble l'économie.

72. — La masse n'est pas une société, car point de société sans la volonté de s'associer. D'ailleurs, la double fin de toute société *commerciale* est un bénéfice espéré et le partage de ce bénéfice. La masse, au contraire, est une sorte de communauté (*consortium*), forcée, fortuite, ayant pour double fin la diminution de la perte de tous et la contribution de tous, *pro modo crediti cujusque*, à la perte commune, présuméecertaine (V. t. 2, n° 6.)

Si donc cette communauté administre par ses syndics dans son propre intérêt, ce n'est pas comme un *procurator in rem suam*, lequel gère sa chose ; mais comme le capitaine d'un navire qui a sombré gère le sauvetage du navire et de la cargaison dans lesquels il a un intérêt.

Toutefois cet être collectif n'en est pas moins capable de contracter des obligations passives et actives.

Ces notions sont si simples, si vraies, qu'une fois conçues, elles saisissent l'esprit par leur évidence, *rapiunt assensum*. On est donc étonné de ne les avoir pas aperçues tout d'abord, et plus encore de les avoir méconnues. Mais lorsqu'un enseignement, répandu dans une infinité de livres et reçu par les tribunaux, a prévalu (*obtinuit*), en quelque sorte comme un axiome, avant de le soumettre à une épreuve spéciale, il est bien rare qu'on n'en subisse pas l'influence. On a trop facilement suivi, sur la foi d'une erreur accréditée par un savant jurisconsulte (1), le faux principe que *la masse représente le failli.*

73. — D'après un tel principe, la faillite et la masse ne seraient qu'une seule et même chose, et c'est de cette

(1) M. Pardessus, qui a écrit le premier sur le Code de commerce de 1807, dans un temps voisin de la promulgation de ce Code, a exercé une influence étonnante sur la doctrine et sur la jurisprudence commerciales.

confusion, erreur capitale, que naissent tant d'autres erreurs. Mais rien ne répugne plus au droit des faillites. Autre chose est la faillite, autre chose la masse; et l'office de l'une est très-différent de l'office de l'autre. Celui de la faillite, être fictif, que le syndic personnifie pour la masse, est de payer *pro viribus ;* celui de la masse, d'administrer par le même syndic, *réputé* son mandataire pour la créance collective ; double fiction de la loi, qui a précisément pour objet d'empêcher la confusion.

74. — Penserait-on que la masse est *loco decocti,* et représente le failli, parce que, à partir du jugement déclaratif de la faillite, aucune action ne peut être intentée ou suivie que contre le syndic (art. 443), comme aucune action ne peut être intentée ou suivie que contre le curateur d'une hérédité vacante, à partir du jugement déclaratif de la vacance? Ce serait une grande erreur. Ce que, dans le sens de l'art. 443, le syndic et le curateur personnifient, ce ne sont pas le failli et le défunt, mais la faillite et l'hérédité jacente, lesquelles en sont les seuls représentants.

En effet, dans la langue du droit, *personnifier* est une expression technique qu'on n'emploie jamais que pour exprimer celui qui a la charge de représenter un être moral, et d'agir pour cet être moral, lequel n'étant qu'une fiction (1) ne peut agir. Or, ce n'est pas le failli qui est un être moral, c'est la faillite.

(1) Le Code ne l'énonce pas, mais il l'implique évidemment. Rarement le mot *fiction* est écrit dans les lois. Mais elles font des fictions à tout moment.

Notre savant Toullier en voulait aux fictions (V. son t. 2, n°s 921 et 922, et son t. 11, n° 15). « La fiction, s'écrie-t-il, est indigne de « la majesté du législateur... La loi ne feint rien, elle n'a pas be- « soin de feindre : elle commande....... On a peine à concevoir que « tant de jurisconsultes (*romains*) d'un grand mérite, soient allés « s'embarrasser dans cette fausse et inutile doctrine des fictions, « comme si le législateur en avait besoin pour être juste. »

L'auteur du *Droit dans ses maximes* répond (p. 80 et 81) :

« La loi ne ment dans l'énonciation que pour être plus vraie dans « la disposition.

« Les fictions existent de fait et de droit.

Au contraire, *représenter* se dit dans diverses acceptions. Par exemple, le mandataire représente le mandant, mais pas avec le même effet qu'un légataire universel représente le testateur, et le fils majeur, son père dont il s'est fait héritier pur et simple. Il ne le représente pas non plus comme le cessionnaire d'une créance représente le cédant, ni de la même manière qu'un créancier, son propre débiteur dont il exerce les droits *jure et motu proprio*. Néanmoins, en ces deux derniers sens, représenter quelqu'un, c'est être personnellement à sa place, mais seulement quant aux droits cédés ou exercés, et dans la limite des devoirs corrélatifs : *Cessionarius succedit in locum et universum jus cedentis, eumdemque in omnibus et per omnia repræsentat* (Casareg., Disc. 178, n° 8).

75. — Avec ces simples notions, il est facile de distinguer (et, sous plus d'un rapport, rien n'importe plus) quand une action est intentée dans la faillite, contre la faillite, ou contre la masse.

Une action est intentée *dans la faillite*, non, comme M. Renouard le dit : « lorsqu'elle a pour but de faire introduire parmi les créanciers qui composent la masse, « celui qui l'intente et qui prétend avoir des droits contre « le failli *que la masse représente* (1); » mais quand cette

« Elles remplissent la législation et la science.......

« Elles existent de droit à titre de nécessités intellectuelles, de « nécessités de langage, de nécessités de législation et de doctrine.

« Il vaut mieux que l'esprit humain consacre à l'étude de la fiction de droit tout ce qu'il perdrait en vains efforts pour la bannir.

. . . .

« L'objet commun des fictions les réconcilie bientôt avec la vé- « rité. L'idée de convention, d'avertissement, d'utilité commune, « est ce qui la distingue du mensonge.

« *Infinitæ propemodùm fictiones jure civili introductæ sunt, optimo « consilio, ut per eas perveniatur ad justum et æquum, non disperi « arte à nauticâ quâ aversi tendunt ad portum.*

« Ainsi, pour emprunter le langage élégant de Hauteserre, la loi « ne prend le chemin de la fiction que pour arriver plus sûrement « et plus vite au sanctuaire de cette justice qui est sa vérité à elle, « comme le navigateur habile se sert des vents contraires pour « gagner le port dont ils semblent le repousser. »

(1) Voici le principe erroné de M. Pardessus, qui se reproduit

action se rapporte à l'*administration intérieure* de la faillite, par exemple, lorsqu'elle est la suite de débats élevés à raison de créances commerciales, soit entre deux créanciers admis au passif, dont l'un veut être préféré à l'autre, soit entre la masse et un créancier individuel qui se dit préférable à la masse; ou bien aussi quand elle est formée par le failli lui-même, admis comme partie intervenante (art. 443, *in fine*), *v. g.*, à proposer des nullités contre les poursuites tendantes à son expropriation.

Une action est intentée *contre la faillite*, et poursuivie contre elle seule, quand la demande de celui qui, se prétendant créancier pour quelque cause que ce soit, ou se disant propriétaire d'une chose qu'il réclame, soutient devoir y entrer, ou n'y devoir pas être compris, est contestée, soit par un créancier porté au bilan ou vérifié, soit par les syndics ou par le failli lui-même, autorisé comme il est dit en l'article précité.

Primâ fronte, on serait tenté de croire que cette action procède en même temps contre la masse et contre la faillite; car, s'il est de l'intérêt du failli de devoir moins que plus, et d'avoir plus d'actif que moins, il importe également aux créanciers que le passif de la faillite ne soit pas augmenté, l'actif diminué, et, par suite, le dividende affaibli. Leur intérêt étant donc identiquement le même que celui de la faillite et du failli (1), pourquoi l'action

jusque sous la plume du savant magistrat, rapporteur de la loi de 1838. Tant il est difficile de secouer le joug d'un premier enseignement!

(1) Malgré tous nos efforts, nous n'avons jamais pu comprendre un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1847 (Dall., p. 47, 1, 130), rendu sous la présidence de M. Teste, et où il est dit : « Attendu « que la masse des créanciers d'une faillite est tout à la fois l'*ayant-* « *cause* et l'adversaire du failli ; que, comme *ayant-cause*, elle est « *substituée à tous ses droits* (art. 1166 C. civ.); que, comme adver- « saire du failli, la masse défend, contre les actes émanés de lui, sa « saisine légale, et le gage commun des créanciers (art. 1167), etc.»

C'est comme si l'on disait : l'art. 1166 du Code Napoléon *permet* aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur ; donc ils sont ses *ayants-cause!* La seule conclusion est celle-ci : donc ils le deviendront *s'ils le veulent* (V. *infrà*, n° 75). D'un autre côté, de ce que l'art. 1167 *permet* aux créanciers d'attaquer *en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits*, s'ensuit-il né-

ne se poursuivrait-elle pas aussi bien contre la masse que contre la faillite?

Cela peut un instant paraître spécieux, mais ce n'est qu'un paralogisme qui consiste à supposer qu'une demande procède toujours contre quiconque a intérêt à ce que le demandeur succombe. Mais, jamais une action n'est donnée que contre celui qui doit ou qui répond, et la masse ne doit rien, ni ne répond de rien. Seulement, selon que la faillite gagnera ou perdra le procès, le chiffre du dividende sera stationnaire ou moindre.

L'action dont il s'agit ici est dirigée et se poursuit contre la faillite *en présence de la masse* qui, selon les circonstances et la manière dont le syndic se sera expédié, pourra n'être pas recevable dans une *tierce opposition*, si le jugement avait, dès le principe, ou si depuis il a acquis l'autorité de la chose jugée (1).

Au contraire, l'action est intentée *contre la masse* et ne se poursuit ni *dans la faillite*, ni *contre la faillite*, quand elle a pour but l'exécution d'engagements contractés par la masse elle-même, en vue de son intérêt collectif. Tel serait le cas où elle aurait emprunté de Pierre une somme de 10,000 fr. pour retirer des effets dont le débiteur commun avait nanti le Mont-de-Piété, ou pour continuer une entreprise dont il avait commencé l'exécution. Pierre, n'ayant fait aucun contrat, aucune négociation avec le failli, n'est ni ne peut être créancier du failli. Il n'a donc

cessairement qu'ils soient ses *adversaires?* Assurément non. La preuve, c'est que, par exemple et sauf le cas de collusion, s'il s'agit d'une tierce opposition, elle ne doit pas être formée contre le débiteur, mais seulement contre celui au profit duquel le débiteur a été condamné.

Y a-t-il eu collusion, c'est un cas de banqueroute frauduleuse, qui regarde les tribunaux criminels.

Si la masse pouvait être l'*adversaire* du failli, est-ce que la loi aurait permis que le syndic qui personnifie la faillite, laquelle représente le failli, eût aussi représenté, comme mandataire, la masse, créancier collectif?

(1) V. cependant au *Journal du Palais*, et dans l'ordre de sa date, un arrêt de la Cour de cassation jugeant que celui qui a eu connaissance de l'affaire principale n'est pas pour cela non recevable à former tierce opposition au jugement intervenu.

nulle action ni *contre la faillite,* qui représente le failli, ni *dans la faillite*, dont l'administration ne le regarde pas. Son action est exclusivement contre la masse, de laquelle il pourra néanmoins, s'il obtient gain de cause, exercer les droits contre la faillite, à due concurrence.

76. — Cependant, il est un cas où celui qui n'a traité qu'avec le failli peut conclure ou exciper contre la *faillite* et la masse.

Mais, pour comprendre ce cas, il faut préalablement bien comprendre à quel titre et en quoi la masse succède au failli.

Selon M. Pardessus, « la masse est substituée *aux « droits passifs comme aux droits actifs du failli* (n°s 1176, « 1178). »

Voilà probablement le principe trompeur d'où M. Troplong a déduit cette conséquence qu'il pose lui-même en principe : « Quand la vente est *parfaite sous le rapport du « lien, le failli ou ses représentants doivent en accomplir « les clauses* » (*Vente*, n° 86).

Si tout cela était vrai, *ayant-cause* étant bien celui qui, *substitué aux droits actifs comme aux droits passifs* de quelqu'un, *le représente*, la masse, ayant-cause *nécessaire* du failli, comme il y avait à Rome des esclaves héritiers *nécessaires* de leurs maîtres obérés, serait tenue de ses dettes, et il ne serait plus vrai que la loi des faillites *soit une loi d'égalité*. Cette erreur grave, contre laquelle nous protestons depuis longtemps (1), devrait, aux yeux de tous, se réfuter par sa propre évidence. Néanmoins, comme on a, de tout temps (2), diversement interprété ces deux petits mots *tiers*, *ayants-cause*, sur lesquels on a

(1) V. t. 5, n° 31.
(2) Depuis l'ordonnance de 1667, où il est parlé (tit. 35, art. 26) de ceux qui ont *droit et cause* de quelqu'un.
Celui qui *a droit* peut exercer ce droit comme aurait pu l'exercer la personne de laquelle il le tient. Le mot *ayant-droit* ne s'entend jamais que dans un sens actif. *Ayant-cause* est plus large. Il s'entend dans le sens actif et passif (V. *suprà*, n° 71).

tant écrit de choses qu'on en pourrait faire un énorme in-folio, on a, de tout temps, diversement jugé, et l'on juge encore en sens divers, mais le plus souvent pour l'affirmative, la question de savoir *si la masse des créanciers peut être déclarée, au profit de l'un d'eux, ayant-cause du failli*; et, puisque Voltaire a dit en quelque endroit : « Quand « des hommes éclairés ont longtemps disputé sans pouvoir « s'entendre, il y a grande apparence que la question n'est « pas claire, » il n'y a guère apparence que le débat touche à sa fin.

Mais qu'importe? Renfermés dans notre spécialité, nous n'en dirons pas moins : *La question est plus claire qu'on ne le pense.* Il y a plus, et nous n'hésitons pas à le dire, s'il est quelque chose de clair dans le droit des faillites, généralement fort simple en soi, mais qui, chaque jour, se complique d'une infinité d'erreurs dont nous cherchons à le purifier, c'est que : « Les créanciers (la masse) ne sont « pas plus des *ayants-cause* ni des *tiers* à l'égard du débi- « teur commun, qu'ils ne le sont les uns à l'égard des au- « tres. » La dette active de chacun d'eux n'a trait qu'à lui seul et au failli, et c'est le cas de l'art. 1167 du Code Napoléon.

En effet, que signifie en droit le mot *tiers?*

Dans un sens restreint aux transports de créances, *tiers* exprime une troisième personne dénommée au contrat sans y être partie présente en personne, et contre laquelle l'un des contractants a transmis des droits à l'autre. Chaque fois que Casaregis vient à parler de cette transaction, ce prince des jurisconsultes commerciaux ne manque pas de dire pour la bien caractériser, *cedens* (le cédant), *cessionarius* (le cessionnaire), TERTIUS (le tiers cédé) (Disc. 178 et *passim*).

Mais, vulgairement, *tiers* signifie à peu près tout le monde, car, par extension, ou plutôt par nécessité, vu la pauvreté de la langue du droit français, il se dit de tous ceux qui n'ont ni figuré, ni été dénommés comme tiers cédés, dans le contrat de deux ou plusieurs autres personnes. Entendu en ce sens, le mot *tiers* a la même signification, et n'en a pas d'autre que celle du mot *étrangers*,

qui répond à cette expression du droit romain *alii* (1). D'un autre côté, si ceux qui n'étaient pas parties au contrat sont des *alii* par rapport aux contractants, ceux-ci le sont nécessairement à leur égard, et c'est pourquoi le contrat est réciproquement dit *res inter alios acta* (2).

Il n'en est pas ainsi du TERTIUS. Entre celui-ci et le tiers-*alius*, la différence est totale ; car sa dette, créance de l'un des contractants, est précisément la matière de leur contrat, et le créancier y représente son débiteur, puisque, dans le contrat qui constitue la créance cédée, le débiteur s'est tacitement soumis à l'obligation, que la loi lui impose, de payer à quiconque aura droit (*causam*) de ce même créancier. Le TERTIUS est donc virtuellement partie au contrat qui lui en donne un autre, *loco prioris*.

Que pourrait-il y faire en personne? Une promesse qu'il a déjà faite? A quoi bon (3)?

Au contraire, les créanciers du failli (la masse) n'ont, ni individuellement, ni collectivement, rien promis à aucun d'entre eux. Ils sont donc tous des étrangers *extranei*, tous des tiers *alii*, tant par rapport au contrat que le failli a fait avec chacun d'eux, que par rapport au jugement qu'un individu quelconque a pu obtenir contre le failli avant sa faillite, et c'est précisément pour cette raison qu'il leur est permis d'attaquer, en leur nom personnel, le contrat ou le jugement fait ou surpris en fraude de leurs droits, art. 1167 (4). Mais « aucun d'eux n'est un tiers « (*tertius*) en ce sens que sa créance constitue une dette à « la charge des autres créanciers, comme ayants-cause « du failli. »

(1) A Rome, il n'y avait pas de *tertius*, ni, par conséquent, d'*ayant-cause*, parce que le cessionnaire, *procurator cum liberâ*, agissait toujours avec le pouvoir absolu de disposer de la chose ou de l'affaire comme étant sienne.

(2) C'est en ce sens que le mot *tiers* est employé dans l'art. 1321 du Code Napoléon, relatif aux *contre-lettres*.

(3) Tout ce qui en résulterait, c'est la dispense de lui notifier le transport, quand le transport doit être notifié, ce qui ne touche en rien au fond du droit.

(4) Cet article est le sommaire très-sommaire, et peut-être trop, du titre 3, liv. 42, D., *Quæ in fraudem creditorum*, etc..., auquel il se réfère.

Cette proposition négative paraîtra d'autant moins contestable, que fort peu de mots en rendront la preuve évidente :

N'est-il pas aussi clair que le jour en plein midi que, dans une faillite, aucun des chirographaires ne peut dire aux autres qu'ils sont des *ayants-cause*, sans leur ouvrir le droit de lui renvoyer la qualification? Or, vu la réciprocité, s'ils le sont tous, nul ne l'est.

Ce n'est là toutefois qu'une raison hypothétique. La raison positive est celle-ci :

Si, avant le jugement déclaratif, l'un des créanciers du failli l'eût cité, *v. g.*, en payement du prix d'une vente, et qu'il eût assigné d'autres créanciers comme responsables de la dette en qualité d'*ayants-cause*, son assignation n'eût-elle pas été une extravagance? Eh bien! l'extravagance est la même depuis la faillite déclarée ; car, ce que les créanciers du failli étaient les uns aux autres, et par rapport au failli, la veille du jugement déclaratif, ils l'étaient le lendemain, et n'ont pas cessé de l'être. Le contrat ou la négociation du failli avec chacun d'eux individuellement était, au regard des autres, la négociation ou le contrat d'autrui, *res inter alios acta*. Or, la déclaration de faillite n'a rien changé. « Les droits et qualités « de tous sont restés invariablement fixés dans l'état où « ils étaient lors du jugement déclaratif» (V. *suprà*, n° 67). Il faut nécessairement ou nier le principe, ou concéder la conséquence. Mais comment nier le principe !

Et si quatre-vingt dix-neuf créanciers sont tenus d'en rendre indemne un centième dont la créance pourrait peut-être absorber tout l'actif, que devient *l'égalité?*

Sous un autre aspect, comment la masse pourrait-elle être *ayant-cause?*

On ne peut être qu'ayant-cause universel ou ayant-cause à titre singulier.

La masse n'est pas un ayant-cause universel, car elle ne succède pas au failli à un titre qui la rende propriétaire des biens du failli. Celui-ci en conserve incontestablement la propriété.

La masse serait-elle son ayant-cause à titre singulier?

Assurément non ; car aucun des créanciers ne vient dans la faillite comme substitué aux droits du failli par le failli contre le failli. Ce débiteur a bien pu, avant sa faillite, créer des droits, conférer des actions contre lui et ses biens. Mais en *transmettre!* y *substituer* quelqu'un! C'est une autre impossibilité, nul n'ayant jamais d'action contre soi, parce que, comme le dit fort bien Casaregis dans un cas parfaitement analogue, nul ne peut être créancier ni débiteur de soi-même : *Creditor et debitor sui ipsius nemo esse potest* (Disc. 178, n° 19).

Dans une masse de créanciers, il n'y a donc point de tiers proprement dits; car, selon l'exacte acception et par le rapport exact des termes, *tiers* et *ayants-cause* sont deux corrélatifs qui n'existent pas l'un sans l'autre.

Encore une fois, ces créanciers sont tous dans la condition des créanciers de l'art. 1167 du Code Napoléon, tous des *alii* entre eux, tous des *étrangers* par rapport à quiconque a, sans leurs concours, contracté avec le failli, *soit en jugement*, *soit hors*. — Chacun d'entre eux vient donc dans la faillite, puis dans la masse, en vertu d'une créance qui lui est propre, se représente lui-même, et n'est le représentant ni l'obligé de qui que ce soit. Mais, du moment que nul des créanciers du failli n'est ayant-cause du failli, comment le seraient-ils en masse? Et dès lors aussi, pourquoi seraient-ils tenus de sa dette envers *un autre créancier* dont le contrat, tout parfait qu'on le suppose sous le rapport du lien, n'en est pas moins, quant à eux, *res inter alios acta?*

Il n'est donc pas vrai que la masse soit *substituée aux droits passifs* du failli.

Il n'est pas vrai non plus que la masse soit substituée *aux droits actifs* du failli. Si cela était vrai, elle serait son ayant-cause universel, et, comme tel, propriétaire. Par suite, si le produit des biens, une fois vendus, excédait la totalité des dettes (1), le surplus appartiendrait à la masse, ce qui n'est pas soutenable (V. l'art. 519).

(1) Le cas doit être bien rare, avons-nous dit *suprà*, n° 70, *in notis*. Il n'est pourtant pas sans exemple : Un négociant d'Alger, qui avait



77. — Toutefois, si la masse n'est pas de plein droit et forcément ayant-cause du failli, elle peut, dans certaines circonstances, le devenir équivalemment, mais jamais sans un fait de sa libre volonté (1).

Ce fait se réalise « chaque fois que le syndic poursuit « l'exécution juridique, soit de contrats inconditionnels « que le failli n'avait pas encore exécutés lors du jugement « déclaratif; soit d'engagements synallagmatiques con- « tractés par lui sous une condition suspensive, laquelle, « en s'accomplissant depuis, les a rétroactivement perfec- « tionnés, et qui, de sa part, étaient inexécutés; ou les ef- « fets d'une condition résolutoire apposée à un contrat exé- « cuté de part et d'autre avant la déclaration de faillite, et « qui s'est accomplie après cette déclaration (2). »

Tout cela est une conséquence directe de l'art. 1166 du Code Napoléon, d'après lequel « les créanciers peuvent « exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'ex- « ception de ceux qui sont exclusivement attachés à la « personne. »

de grandes propriétés dans la plaine de Mitidja, envahie par les Arabes, fut déclaré failli, et se réfugia en France. Le maréchal Bugeaud ayant balayé la plaine, et rétabli la confiance, le failli repasse en Algérie, vend ses propriétés, paye tout, et conserve encore de 6 à 8,000 livres de rente, qui eussent appartenu à la masse, si elle eût été son *ayant-cause* universel. Ce fut là un de ces événements providentiels dont Celui qui peut tout a seul la prescience, et qui arrivent, comme le dit Casaregis, *imperscrutabili Dei omnipotentis judicio* (Disc. 225, n° 84).

(1) Voilà le point unique où la masse diffère du curateur à l'hérédité jacente, et la raison de la différence est celle-ci : C'est que la masse est curatrice *in rem suam*, et le curateur, *nudus minister*. Il n'a donc nul intérêt personnel à contracter des obligations en vue de l'hérédité.

Mais cette différence ne touche à rien d'essentiel. Car rien n'empêche que le curateur à l'hérédité vacante ne se porte fort pour cette hérédité.

(2) En bonne dialectique, quand j'exerce, *proprio jure*, l'action de mon débiteur Jacques contre son débiteur Salomon, je ne suis pas l'*ayant-cause* de Jacques qui ne m'a pas cédé ses droits; je suis son *prenant cause*, car, qu'il le veuille ou non, je me mets à sa place, *loco habentis causam petendi*.

Cette observation n'est pas une pure logomachie, car c'est en ce sens unique qu'il est vrai de dire : Nul n'est *ayant-cause*, qui ne veut.

78. — Néanmoins, jamais la masse ne devient équivalemment ayant-cause qu'à titre singulier, et jamais non plus ses devoirs d'ayant-cause ne s'étendent au delà des conséquences nécessaires et directes de l'exercice qu'elle a fait de tel droit ou de telle action (V. *suprà*, n° 71). Mais, dans ces limites, « ce que la masse représente par « son syndic, ce n'est plus sa créance collective dans la « *faillite* dont elle a l'administration *in rem suam* sans ré- « pondre envers qui que ce soit de la dette du failli ; c'est « le *failli* lui-même *à l'état de solvabilité dans lequel il* « *était, ou était censé être, avant sa cessation de paye-* « *ments.* » La masse est donc tenue de l'obligation tout entière, *tenetur de solido*, et tout ce qu'on pourrait opposer au failli, s'il lui était possible d'exercer lui-même son action ou son droit, on peut, à bon droit, l'opposer à la masse. C'est le cas de cette règle, paraphrase anticipée de l'art. 1166 du Code Napoléon : *Creditor potest exercere omnes actiones competentes suo debitori*, eidemque obstant quæ auctori obstitissent (Casareg., Disc. 5, n° 63).

D'après ce qu'on a vu, *suprà*, n°s 66 et 67, on s'explique aisément pourquoi, dans les cas supposés, la masse *représente* le failli : d'une part, il tombe sous le sens que la faillite qui, comme l'hérédité vacante, n'est jamais tenue *ultrà vires bonorum*, ne peut ni ne doit offrir d'exécuter en entier l'obligation du failli. D'un autre côté, les droits de tous se règlent en conséquence de l'état où ils étaient la veille du jugement déclaratif (V. *suprà*, n° 67). Or, si, avant le prononcé, le failli vendeur eût demandé le prix non payé, ou, au cas de résolution, la restitution du prix payé, il eût été tenu d'offrir la chose tout entière, et, le failli acheteur, le prix tout entier pour obtenir la chose non livrée ou la restitution de la chose livrée et non payée, objet du contrat résolu (V. *suprà*, n° 77). Les créanciers (en masse), qui se font ses prenants-cause en exerçant son action telle qu'elle lui compétait avant la déclaration de faillite, et à eux-mêmes pour leurs créances exigibles, doivent donc aussi, dans les mêmes hypothèses, remplir son obligation tout entière.

Il en est ainsi de toutes autres négociations synallag-

matiques dans les cas et conditions indiqués par le n° 77.

79. — Cette théorie, conséquence naturelle du pouvoir qu'a toujours le créancier d'exercer les droits du débiteur (art. 1166 C. Nap.), est en parfaite harmonie avec notre art. 578 (1), et chacun la comprend sans efforts. Pourquoi? Parce qu'elle est conforme à toutes les notions reçues en fait d'obligations parfaites non encore exécutées, ou contractées sous une condition qui, en s'accomplissant, les perfectionne ou les résout. Mais il pourrait paraître que l'on a trouvé cela trop simple, car deux autres systèmes sont enseignés : L'un veut que, dans le cas de l'article 578, il se forme un contrat nouveau entre la masse et le vendeur, lequel ne prend aucune part à ce contrat! Le second vient aboutir à une *expromission!*

C'est par la réfutation théorique de ces erreurs que commencera le paragraphe 1er du présent chapitre.

80. — Nous avons indiqué (*suprà*, n° 8) deux cas où les créanciers peuvent attaquer par la tierce opposition un jugement obtenu contre le failli avant sa faillite. Pourquoi le peuvent-ils? Parce qu'ils sont des *alii*, et qu'ils agissent en leur nom personnel (art. 1167).

Mais, quand un créancier qui agit n'agit pas en son nom personnel, ou, ce qui est la même chose, à ses propres droits, il faut bien qu'il agisse aux droits de quelque autre, et, agir aux droits de quelqu'un, c'est le *représenter* dans le sens légal du mot. Eh bien! pour savoir quand un créancier représente son débiteur, ou, ce qui revient au même, est son *prenant*, ou *ayant-cause*, il suffit de comprendre l'art. 1166 du Code cité, et de ne pas le confondre avec l'art. 1167.

(1) « Dans les cas prévus par les deux articles précédents, et, sous « l'autorisation du juge-commissaire, les syndics auront la faculté « d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le « prix convenu entre lui et le failli. »

Les deux articles précédents font de la tradition de la chose une sorte de condition suspensive de l'entier complément du contrat.



Par exemple, lorsque, en échange de quelque autre valeur, Jacques me transmet sa créance sur Salomon, je suis, par cette convention, constitué envers Salomon l'*ayant-cause* de Jacques, et je le représente *in omnibus et per omnia*. Salomon peut donc m'opposer tout ce qu'il aurait pu ou pourrait opposer à Jacques, si celui-ci eût agi ou s'il agissait lui-même, *mihique obstant quæ auctori obstitissent* (V. *suprà*, n° 75). — Voilà le prototype de l'ayant-cause en fait de créances chirographaires, et, une fois pour toutes, dans une masse de créanciers, il n'y en a pas d'autres (V. *suprà*, n° 68).

Si, par un contrat auquel je n'ai pris aucune part, Salomon doit 10,000 fr. à Jacques qui me doit pareille somme, et qu'il me convienne d'exercer les droits de Jacques, l'exercice de cette faculté me place envers Salomon dans la même condition active et passive que si Jacques m'eût conventionnellement cédé sa créance. Toute la différence, et ce n'en est pas une, c'est que, au lieu d'être substitué aux droits de Jacques par son fait, je le suis par l'autorisation de la loi, jointe à mon propre fait et à ma propre volonté.

Je ne peux donc pas former tierce opposition au jugement prononcé contre mon débiteur Jacques avant sa faillite, non qu'il *soit de principe*, comme le dit un arrêt de la Cour de Paris du 24 décembre 1850 (*J. du P.*, 1, 1850, p. 508), *que le créancier tenant ses droits de son débiteur, du contrat qui a été passé entre eux, est représenté par ce débiteur;* mais, tout au contraire, parce qu'il est de principe et de loi que le créancier qui exerce les droits de son débiteur, le représente, ce qui semble aussi plus naturel que de voir le débiteur représenter son créancier.

Le *considérant* transcrit est littéralement copié d'un arrêt de la Cour suprême. Nous le savons. Mais il n'en est pas moins le contraire du texte et du sens de l'art. 474 du Code de procédure civile (1).

(1) « Une partie, porte cet article, peut former tierce opposition à « un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle « ni ceux *qu'elle représente*, n'ont été appelés. » Sainement compris, l'art. 26, tit. 35 de l'ordonnance de 1667 avait le même sens.



Quand donc, agissant du chef de Jacques, je m'oppose à l'exécution du jugement contradictoire obtenu contre lui par Salomon, Jacques, que je représente, ne pouvant point attaquer ce jugement, je ne le puis pas plus que lui, et mon opposition n'est pas plus recevable que ne le serait la sienne.

S'agit-il d'un contrat, si Jacques a le droit de l'attaquer, je puis, *velit an nolit*, exercer ce droit à sa place;

Au cas contraire, je ne le peux que pour fraude à mes droits particuliers, et de mon propre chef.

En deux mots, le créancier *représente* ou ne *représente* pas le débiteur, selon qu'il agit en vertu de l'art. 1166, ou en vertu de l'art. 1167;

C'est-à-dire, à ses droits personnels, ou aux droits du débiteur.

Or, chacun des créanciers n'est dans la masse qu'à ses droits personnels (V. *suprà*, n° 76);

Le failli n'y a donc point d'*ayants-cause*.

Y a-t-il au monde quelque chose de plus simple?

Mais, eût-il le droit d'agir (art. 1166), tant qu'il reste inactif, le créancier ne représente en rien son débiteur;

Et jamais son débiteur ne le représente.

81. — En dernier résultat et en principe : L'UNIQUE AYANT-CAUSE OU REPRÉSENTANT DU FAILLI, C'EST LA FAILLITE.

Si la faillite, *être moral*, que constituent l'actif et le passif du failli, n'était pas son seul *représentant*, comme l'hérédité vacante est le seul *représentant* du défunt (V. *suprà*, n° 69), la masse serait de condition cent fois pire que la condition d'un héritier; car, que la succession soit bonne, tout est pour celui-ci profit sans risques. En soupçonne-t-il la solvabilité, il la prend sous bénéfice. La sait-il insolvable, il la laisse vacante. Mais, s'il était vrai de dire que les créanciers (la masse) *sont substitués aux droits passifs du failli*, et tenus *d'accomplir les clauses de son contrat, quand ce contrat est parfait sous le rapport du lien*, en d'autres termes, si les créanciers du failli pouvaient être déclarés ses *ayants-cause* ou *représentants* à

l'égard de l'un d'eux, leurs créances, qui font partie de leur patrimoine, se confondraient avec le patrimoine du failli, et l'effet immanquable de la confusion serait d'amoindrir les dividendes, son effet possible, de les réduire à néant. Par exemple, si dans une faillite qui peut donner 25 p. 100, il se trouve dix créanciers dont un de 150,000 fr, les neuf autres de 50,000 fr. ensemble, et que ces neuf créanciers soient jugés *ayants-cause* du failli à l'égard du dixième créancier, celui-ci emporte, à lui seul, tout l'actif. Quel respect pour la loi d'égalité ! Que devient l'unité de la créance collective, et, par suite, toute l'économie de la loi ! Quel encouragement pour le crédit *à la personne!* Quelle réponse à la question de Napoléon Ier ! (V. *suprà*, n° 64, *in notis.*)

Il est vrai que la faillite est un *ayant-cause* qui a le *jus singulare* de ne pas tout payer, ce qui répugne à la nature des obligations en général, et spécialement des obligations d'*ayant-cause*. Mais ce privilége est l'effet de la *nécessité*, *ordo rerum necessarius*, loi des lois, à laquelle tout est soumis ; les dieux eux-mêmes ne pouvaient s'y soustraire : *Necessitas facit licitum quod aliàs esset illicitum* (Casareg., Disc. 36, n° 26) (1).

82. — Le principe de M. Pardessus doit donc être remplacé par un principe inverse. Il faut dire : « Sauf le « cas où, par un fait de sa libre volonté, elle est devenue « équivalemment *ayant-cause* du failli, la masse est sub-« stituée uniquement, et l'est par la loi seule, au droit « qu'avait le failli d'administrer ses droits actifs ou passifs « et ses autres biens, avant le jugement déclaratif. »

83. — Il a été jugé en chambre des requêtes, 22 décembre 1852, que, si quelqu'un, voulant être admis au passif, plaide à cette fin contre le syndic, la masse n'est pas un *tiers* par rapport au failli, mais son *ayant-cause*,

(1) *In his quæ contra juris rationem, et aliquo jure singulari recepta sunt, non possumus sequi regulam juris* (L. 15, D., *De legib.*).
Necessitas, dit Cicéron (liv. 2, *De invent.*, c. 57), *hæc est quæ neque mutari, neque leniri potest.*

et ne peut, par conséquent, exciper de l'art. 1328 du Code Napoléon (1).

Nous avions répondu d'avance, *suprà*, n° 76, et nous persistons à dire que, de cent créanciers qui composent la masse, et dont chacun, considéré à part, n'est qu'à ses droits personnels et propres, on ne fera pas plus un *ayant-cause* en masse ou collectif qu'on ne peut faire un vase d'or avec cent morceaux de cuivre.

On peut enseigner, juger le contraire tant et aussi longtemps que l'on voudra; mais, au-dessus de la doctrine, au-dessus des arrêts, et, pourquoi ne le dirions-nous pas? au-dessus des lois elles-mêmes, il est *deux nécessités, deux puissances* inflexibles, irrésistibles, la *nature des choses* et la *force des conséquences*.

Le seul principe vrai, le voici :

« Dans une contestation entre le syndic et quelqu'un « qui veut *entrer dans la faillite*, c'est-à-dire se faire re- « connaître créancier, ou qui déjà y est entré, ou qui sou- « tient ne devoir pas y entrer, le seing privé du failli fait « ou ne fait pas foi de la date de l'acte, selon que le juge

(1) « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que « du jour où ils sont enregistrés... ou du jour de la mort de celui « ou de l'un de ceux qui les ont souscrits... »

C'est cette disposition qui a été l'objet d'une polémique si vive, et connue de tous, entre M. Toullier et M. Du Caurroy. Pour notre compte, nous n'avons jamais pu comprendre la persévérance (nous avons presque dit l'obstination) de notre savant Toullier dans cette controverse fort étrangère, après tout, au droit commercial. M. Toullier soutenait que la vente sous seing privé avait incommutablement transmis la propriété de l'immeuble au premier acquéreur. Dans ce système, le vendeur ne pouvant donc plus transmettre à l'acquéreur, traitant postérieurement par acte authentique, qu'une déception et un chiffon, à quel titre cet acquéreur eût-il pu devenir *ayant-cause?* Il semble qu'une réflexion si simple, qui n'a pas échappé à M. Duranton, aurait dû faire comprendre à M. Toullier qu'il soutenait un faux système.

Dans cette volumineuse polémique, *des hommes éclairés, du nombre desquels était Merlin, ont longtemps disputé sans pouvoir s'entendre* (V. *suprà*, n° 75), et voici pourquoi : c'est que la question *claire*, la vraie question n'était pas de savoir si les acquéreurs étaient l'un et l'autre ayant-cause du vendeur, mais qui l'était des deux.

Il y avait dans tout cela quelque chose qui ne ressemblait pas mal à l'histoire de la *Dent d'or*.

« commercial, libre de s'éclairer par tous les genres de « preuve que l'art. 109 autorise, est ou n'est pas con- « vaincu de la sincérité de cette date (1). »

84. — Enfin, pour terminer cette exposition logico-légale de notions élémentaires, il est peu de mots dans la langue dont les acceptions soient plus variées que celles du mot *payer*. Dans la langue du droit, il n'en a que deux, l'une très-large, l'autre très-étroite.

Dans le sens étroit, *payer*, c'est faire ou donner identiquement ce qu'on a promis de donner ou de faire, *præstatio* ipsiusmet *quod debetur*.

Mais, dans le sens large (*per extesim*), *payer* signifie se libérer, se délier, *solvere vinculum obligationis*. Payement et libération sont synonymes : *Liberationis verbum eamdem vim habet quàm solutionis* (L. 47, D., *De verb. oblig.*).

Ainsi, la dette d'une chose ou d'une somme est aussi bien payée par la compensation, la confusion, la novation, un virement de parties, la consignation, etc..., que si la somme eût été comptée ou la chose livrée.

85. — Rappelons succinctement et fixons bien le point fondamental de notre doctrine :

« La masse, par son syndic, *personnifie* la faillite, comme

(1) Ce principe est la base d'un arrêt de la Cour suprême du 28 juin 1825, dans l'espèce duquel il s'agissait de savoir si l'art. 1328 du Code Napoléon est ou n'est pas d'une application obligée aux contestations commerciales, et cela aussi en matière de faillite.

Quoique nous ayons déjà rapporté cet arrêt ailleurs, nous en transcrivons ici le principal motif pour la commodité du lecteur : « Considérant, dit la Cour, que plusieurs dispositions du Code civil « ne sont pas obligatoires en matière de commerce, ainsi que ce « Code l'exprime en divers endroits, et notamment au titre 3, « chap. *De la Preuve*, art. 1134;... que l'application de l'art. 1328, « même chapitre, peut être par les tribunaux, jugeant en matière « de commerce, modifiée ou entièrement écartée d'après les cir- « constances, selon que *l'équité et l'intérêt du commerce l'exigent*, etc.» Il n'est pas la question d'*ayants-cause*.

L'arrêt, rendu au rapport de M. Gandon, sous la présidence de M. Desèze, se trouve, dans l'ordre de sa date, au *Journal du Palais*.

« un curateur l'hérédité vacante, et la faillite *représente* « le failli, comme la vacance le défunt, c'est-à-dire à leur « état normal d'insolvabilité. En aucun des deux cas, nul « ne répond ; les biens seuls répondent dans la mesure du « possible. »

En général, il n'y a donc nulle action, ni contre la masse, ni contre la faillite, pour exiger, soit le payement du prix de la chose vendue et livrée, soit la livraison de la chose non livrée et payée.

La masse n'est pas tenue d'exécuter le contrat, *velit an nolit ;*

La faillite ne le peut, *etiamsi velit.*

D'où vient que cette théorie est si simple qu'on ne la résumerait pas mal en ces deux seuls mots *personnifier*, *représenter* (V. *suprà*, n° 74) ? C'est qu'elle est la seule vraie, et, si elle est vraie, sans doute, sa nouveauté n'exclut ni n'altère en rien sa vérité.

Ah ! si jamais il vient un jour (*quod utinàm faxit Deus !*) où on se rallie au principe que la faillite seule *représente* le failli, est son seul *ayant-cause*, on aura mis un terme à la plupart de ces contradictions, de ces versatilités judiciaires qui, en vérité, feraient révoquer en doute si la justice est quelque chose de positif, ou n'est pas un Protée qui change de forme à chaque instant.

La fiction est ici la vérité même qui, à la faveur des vents contraires, arrive au port de la justice et de l'égalité (V. *suprà*, n° 74, *in notis*).

Series rerum perpetuò et similiter judicatarum : c'est ainsi qu'on définit la jurisprudence. Il n'y en aura pas, il ne peut pas y en avoir, tant qu'on ne partira pas d'un principe fondamental et commun.

Et, tant qu'il n'y aura pas de jurisprudence sur un point de cette importance, que de procès, vu les chances égales de les gagner, mauvais ou bons!

N'est-il pas affligeant (nous allions dire honteux) de voir des chambres d'assurances pour les contestations judiciaires, comme il y en a pour les risques des navires, des marchandises et contre les incendies?

86. — Il ne nous reste plus qu'à exposer, ou plutôt à rappeler sommairement, les règles les plus usuelles de la revendication en matière de faillite, à la distinguer de l'action en délivrance, et à formuler un quadruple principe touchant le droit introduit par nos art. 446 et 447.

« Il est des premiers éléments que les créanciers du « failli supportent seuls la perte, et qu'on doit distraire de « son actif tout ce dont il n'est que détenteur, possesseur « à titre précaire, ou dépositaire » (V. t. 3, n° 197).

D'un autre côté, « ce n'est pas être créancier du failli, « que d'être propriétaire d'une chose qui est chez le « failli. »

Les deux actions ont bien la même fin, obtenir la chose. Mais un point essentiel les différencie : par l'une, on la demande, parce qu'on s'en prétend propriétaire : *Intendit rem suam esse* (Gaius, 4, § 8) ; par l'autre, pour le devenir : *Intendit dare... oportere* (*ibid.*, § 3). Dans cette seconde hypothèse, c'est donc un créancier qui agit, car, une dernière fois, être créancier d'une chose, ou d'une somme, *idem juris est*, c'est toujours être créancier (V. *suprà*, n° 10).

Et, deux créanciers chirographaires doivent incontestablement être traités à l'égal l'un de l'autre (1).

A la vérité, selon le Code Napoléon, le transport de la propriété n'exige pas que le contrat soit préalablement exécuté, même de la part du vendeur ; la transmission s'opère *à priori*, par le seul effet de l'obligation (art. 711) (2). Mais, malgré les efforts tentés, à diverses reprises, pour

(1) Par exemple, si, quand la faillite de Jacques donne 20 p. 100, je suis son créancier de 20,000 fr., *v. g.*, *par caisse*, et vous, *par achat de telle* marchandise qui est encore chez le failli, et que vous lui aviez payée pareille somme de 20,000 fr. ; chacun de nous recevra 8,000 fr. Nous avons tous les deux fait crédit *à la personne*. Subissons donc la même perte. Au lieu de cela, on décide tantôt, et le plus souvent, que vous étiez propriétaire par le seul accord sur la chose et le prix (1107, 1583, C. Nap.) ; tantôt, *parce que vous avez payé le prix*, et l'on condamne le syndic à délivrer la chose. L'injustice relative est palpable, et blesse au cœur la loi d'égalité.

(2) C'est comme si l'on disait : Je *m'oblige* à vous rendre propriétaire de telle chose ; donc vous l'êtes dès à présent. Mais s'il en est ainsi, quel besoin de s'obliger ?

l'y introduire, le droit marchand n'admit ni n'admettra jamais ce spiritualisme du droit civil (1), plus voisin qu'il ne le paraît du socialisme. Il ne le pourrait pas sans favoriser la fraude, et détruire l'égalité. Dans les achats et ventes du commerce, lequel ne vit pas d'idéologies, la propriété s'acquiert PAR LA TRADITION, qui est la fin et la consommation du contrat (*Disc. prél. du Code de comm.*).

87. — La distinction est d'une extrême importance, parce que, *jure ordinario*, l'action en revendication est intentée *contre la faillite*; l'action en délivrance, jamais; et cette action ne procède non plus *contre la masse*, que si la masse s'est rendue *prenant-cause* (V. *suprà*, n° 75).

88. — Cela compris, un principe spécial à notre revendication en domine toute la matière :

« La chose vendue et livrée au failli, ou ce qu'il en a « reçu avant sa faillite, et la chose dont le vendeur failli « n'avait pas fait la tradition lors du jugement déclaratif, « ou ce qui en restait à livrer, le prix payé ou non, sont « le gage commun de tous les créanciers du failli, *utercumque fuerit.* »

89. — A ce principe il en accède d'autres qui vont tous avec lui se confondre dans l'unité du principe fondamental de *l'égalité pour tous* (V. *suprà*, n° 67), dont ils ne sont que les auxiliaires :

1° « Payée ou non payée par le failli, la chose achetée « de son ordre et pour son compte est sa propriété, dès « que le commissionnaire en est livré (V. t. 3, n° 204) ;

2° « La faillite, unité indivisible dans son administra- « tion (V. *suprà*, n° 3), ne devient divisible que dans sa « liquidation (2) ;

3° « Les traditions virtuelles expliquées, t. 4, n°s 221

(1) V. *suprà*, n° 4, dans le texte et *in notis*.

(2) Personne n'ignore que, *liquider* une faillite, c'est payer, proportionnellement avec l'actif réalisé, chacune des créances qui composent le passif.

« 224 et n° 228, ne transmettent pas moins la propriété à « l'égard de tous que la tradition effective ;

4° « Mais la tradition sans titre (*sine causâ tradendi*) « ne la transmet pas plus que le titre sans la tradition, ni « que la tradition avec titre, sans la volonté réciproque « de transmettre et d'acquérir (V. t. 5, n° 16);

5° « Les traditions sont de fait, mais il en est dont la « forme prescrite par la loi constitue l'essence ;

6° « Pour que le vendeur et le commissionnaire expé- « diteurs revendiquent avec succès dans la faillite de l'a- « cheteur et du mandant, il faut que les marchandises « soient identiquement celles qu'ils ont expédiées.

7° « Si la chose achetée pour soi-même ou *pour compte*, « ou vendue sur commande, non expédiée mais virtuelle- « ment livrée, ou ce qui en reste, soit chez le vendeur, soit « chez le commissionnaire, n'y existe pas *en nature*, point « encore de revendication admissible ;

8° « Il en est de même de la chose envoyée ou commise « à la vente ;

9° « La preuve de l'*identité* ou de l'*existence en nature* « incombe au revendiquant;

10° « Cette preuve doit être évidente; s'il y a l'ombre « d'un doute, on l'interprète contre lui.

11° « Si, *avant le jugement déclaratif, et sachant que* « *le vendeur avait cessé de payer*, l'acheteur a payé le prix, « ou s'il a reçu la chose, ayant la même connaissance, ce « payement est nul *ipso jure*, et cette tradition doit être « annulée, lorsqu'il y a préjudice pour la masse;

12° « Si l'acheteur et le vendeur sont tous les deux en « faillite, la masse des créanciers du failli qui ne savait « pas l'autre commerçant failli, peut seule invoquer la « nullité, ou provoquer l'annulation ;

13° « En matière de faillite, une dette est échue ou « n'est pas échue, suivant que la convention qui a créé la « dette donnait ou ne donnait pas au créancier le droit de « forcer le payement le jour où il a reçu, et selon qu'elle « faisait au débiteur le devoir, ou qu'elle lui donnait sim- « plement la faculté de payer, le jour qu'il a payé :

14° « A moins que la convention constitutive de la dette

« n'ait déterminé un autre mode de payement, tout paye-« ment d'une dette échue est nul, s'il n'a pas été fait en « espèces, ou en effets de commerce. »

Ces règles abstraites seront-elles toutes également bien comprises à première vue? Nous ne savons, et même nous en doutons. Mais, ce que nous pouvons affirmer, c'est que les applications, dont la place n'est pas en cet endroit, en rendront l'intelligence on ne peut plus facile.

90. — Enfin, en matière de faillite, il est un principe infus dans tous les autres principes, et qui doit constamment présider à leur application.

Il ne se voit pas, en justice, de contestations où l'équité soit aussi souvent aux prises avec l'équité que dans celles dont nous aurons à parler. La raison en est sensible : d'aucun des deux côtés on ne combat pour gagner (*ex solitis*, pour qui est pris dans une faillite il n'y a qu'à perdre) ; on combat seulement pour perdre moins, *ne peius adveniat*. A leur point de vue respectif, les deux causes sont donc favorables, et, au fond des choses, l'équité n'en désavoue aucune, car, au fond des choses, il ne peut pas être injuste qu'un créancier soit payé. Cela ne peut être injuste que si son payement lui fait une condition meilleure que celle des autres créanciers de la même catégorie. Mais alors une perte étant certaine d'un côté ou de l'autre, il y a conflit d'intérêts également légitimes. Alors aussi il y a deux équités, et la plus grande doit prévaloir (1), comme la plus grande utilité publique prévaut à la moindre : *Æquitas major semper minori præfertur, sicut et major utilitas publica, minori* (Casareg., Disc. 120, n° 46, et Disc. 195, n° 32). Or, la plus grande équité est celle qui se rapproche le plus de l'égalité pour tous, source primordiale de toute équité (2), et *propositum* uni-

(1) *Hæc est justitia quæ suum cuique ità tribuit, ùt non distrahatur ab ullius personæ* justiore repetitione (L. 31, D., lib. 16, § 15).

(2) Æquitati nihil tàm conveniens est quàm æqualitas, undè et æquitatem dictam esse putant (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 228, col. 1).

que de la loi des faillites. Quand donc le cas se présente (et ce cas est très-fréquent), « la plus grande équité, « c'est le droit le plus strict, c'est-à-dire, une application « rationnelle avant tout, mais inflexible, des textes qui ont « spécialement pour objet l'insuccès de la fraude, et un « sort égal pour les naufragés. »

Toute loi exceptionnelle (contrà rationem juris) *que l'on fait fléchir sous prétexte d'équité, manque son but, et n'est plus qu'injustice.*

Dans une matière naturellement suspecte où l'on veut mettre obstacle à la fraude, dit Casaregis, il ne s'agit pas de savoir si l'acte est frauduleux, mais si la fraude a été possible : *In materiâ de per se suspectâ... intrat regula quòd ad removendas fraudes, idem judicandum est de potentiâ ad actum, quod de ipso actu* (Disc. 209, n° 66, et 8, n° 5).

91. — Passons actuellement de la théorie à l'épreuve, des principes aux applications.

Le failli pouvant avoir vendu, le failli pouvant avoir acheté, cette double hypothèse dans laquelle le contrat peut être resté sans exécution ou imparfaitement exécuté, ou être parfaitement exécuté, sera naturellement le sujet de deux paragraphes ou enseignements distincts.

92. — Mais, avant d'y arriver, un pas est à franchir. Il ne nous est pas permis de passer sous silence le droit des faillites par rapport à la participation *en tant qu'elle s'applique à la vente*, parce que, sans être, en droit, ni la vente ni l'achat proprement dits, cette participation se lie nécessairement à l'une ou à l'autre, le plus souvent aux deux, et que, après la vente (*emptio-venditio*), c'est une des transactions les plus utiles et les plus pratiquées du commerce.

93. — Ce n'est pas qu'il soit de l'essence ou contre l'essence de ce contrat qu'il intervienne achat et vente entre les participants eux-mêmes. Rien ne le défend, rien ne l'exige; et pourtant notre participation ne peut accom-

plir sa fin qu'il n'y ait ou achat ou vente, ou achat et revente.

Il est, en effet, de l'essence de cette association spécialement appliquée au contrat *emptio-venditio*, que « sous le nom *seul* d'un *seul* des participants, *usant de « son seul crédit*, il soit contracté dans l'intérêt commun, « soit achat d'une chose pour se la partager, soit vente « d'une chose appartenant déjà à l'un ou à plusieurs des « coparticipants ou à tous, soit achat d'une chose, pro- « priété d'autrui, pour partager les profits et pertes de « la vente ou de la revente. » Cependant, cette convention, presque toujours complexe, ne peut suivre, à la fois, les règles respectivement spéciales aux conventions diverses, quelquefois même disparates, dont elle se complique au gré des participants (art. 48), et c'est pourquoi elle est principalement gouvernée par ses propres règles. Il n'en peut donc être parlé que séparément.

Au reste, ce que nous devons en dire mettra en application plusieurs des principes posés *suprà*, n° 89.

94. — Dans son commentaire du titre 9 du livre 3 du Code civil (*Du contrat de société civile et commerciale*), M. Troplong, pour expliquer la nature et les effets de l'*association en participation*, pose cinq hypothèses ou *combinaisons* dont voici la première, et la seule qui ait prochainement trait à notre sujet :

« N° 482. — Un navire arrive d'Amérique à Bor- « deaux, chargé de marchandises. Un négociant de ce « port envoie à son correspondant de Bayonne le détail « de la cargaison, et lui propose d'acheter avec lui un « parti de café, qui, suivant toutes les apparences de la « place, pourra être revendu avec de grands avantages, « le priant de lui faire connaître, en cas d'affirmative, « pour quelle part il désire entrer dans cette spéculation. « Le négociant de Bayonne répond qu'il accepte l'affaire « pour un tiers, et qu'il entrera dans cette proportion « pour les profits et pertes. Là-dessus, le négociant de « Bordeaux achète les marchandises en son nom, et par « là se forme une association en participation, que l'on

« appelle aussi *compte en participation*, parce qu'elle se « résout en un compte entre les deux négociants.

« N° 483. — Dans cette position, il est clair que le né-« gociant bordelais, qui aura acheté du maître du navire « le parti de café, sera seul obligé envers lui. Le négo-« ciant de Bayonne, au contraire, n'aura contracté aucune « obligation, et si le Bordelais vient à faire faillite, le ven-« deur n'aura pas de recours contre son participant.....

« Réciproquement, en cas de faillite du négociant de « Bordeaux, le correspondant de Bayonne ne pourra dis-« puter à ses créanciers personnels la marchandise ache-« tée en participation. Il n'aura pas plus de droits que « les autres, et viendra avec eux au marc le franc » (Savary, p. 369).

95. — Le savant commentateur se trompe, mais c'est évidemment l'effet d'une inattention, car jamais Savary n'a dit touchant la *faillite* de l'acheteur participant ce que le renvoi semble lui faire dire.

L'opinion de cet auteur peut se résumer ainsi :

« Le marchand qui a vendu et livré au participant de « Marseille (Bordeaux), lequel a traité *en son seul et privé* « *nom*, et a été *seul* débité sur le journal du vendeur, n'a « rien à demander au participant de Paris (Bayonne), « qui, de son côté, ne peut demander au vendeur l'exé-« cution de quelque chose promise au négociant de Mar-« seille, et il (le vendeur) aurait raison de dire qu'il ne le « connaît point, n'ayant eu aucune négociation avec lui. »

Voilà l'exacte réciprocité. Il n'en existe aucune autre.

C'est, au reste, ce que nous avons enseigné nous-mêmes en rappelant (t. 3, n°s 31 et suiv.) l'argumentation toute marchande de Savary ; et, après avoir réfuté Merlin qui attribue au créancier l'action *de in rem verso* contre le participant inactif, nous sommes arrivés, en droit, à cette indéniable conclusion de Cujas : « Ce qu'on « a donné à crédit, on le demande à qui l'a reçu » : *Pecunia petitur ab eo cui credita est* (1).

(1) Nous rappelons ici ce que nous avons dit ailleurs : *Pecunia ne*

Mais, de ce que le marchand de Bayonne n'a pas plus d'action pour demander au vendeur la tradition de la chose ou l'exécution de quelque autre promesse, que n'en a le vendeur pour lui demander le prix, il ne saurait s'ensuivre, et Savary ne le dit nulle part, que les deux participants, s'ils sont *sui juris*, ou leurs syndics respectifs, s'ils sont en faillite, n'aient pas une action réciproque pour s'entre-contraindre, soit à l'exécution de leurs accords, soit au règlement de leurs droits.

96. — Cependant, sous le patronage d'un nom qui a une si grande et si légitime autorité dans la science et dans la jurisprudence, cet enseignement est d'autant plus dangereux qu'il n'irait à rien moins qu'à renverser le principe établi *suprà*, n° 89, alinéa 1, et, par suite, à porter atteinte au droit de propriété. Il suffit, pour le voir, de décomposer la convention.

97. — La première lettre est partie de Bordeaux. Mais le marchand bayonnais ayant accepté les offres, c'est comme s'il eût écrit le premier (V. t. 1er, n° 84 ; t. 2, n° 44 : « Je suis informé qu'un navire arrivé d'Amérique « dans notre port y apporte un parti de cafés, et j'ai « tout lieu de croire qu'on pourrait négocier ces cafés avec « de grands avantages. C'est, à vue de pays, l'affaire « d'une soixantaine de mille francs. Voulez-vous acheter « ce parti en votre propre nom, un tiers pour mon « compte, les deux autres tiers pour le vôtre, puis reven- « dre le tout à perte et profits communs ? »

Il est de toute évidence que cette proposition agréée *à priori* par le marchand de Bordeaux qui, en réalité, a pris l'initiative, et aussi par le fait de l'exécution, implique deux contrats : la commission d'acheter un tiers des cafés *pour compte ;* une participation que réalisera la revente, s'il y a revente. Or, l'hypothèse suppose la marchandise achetée et la livraison prise conformément à la

signifie pas seulement des espèces (*pecunia numerata*). Ce mot exprime toutes les choses quelconques qui entrent dans le patrimoine.

double convention. D'une autre part, on ne saurait nier que *la chose achetée* pour compte *appartient au commettant dès que le commissionnaire en est livré* (V. t. 3, n° 204, et *suprà*, n° 89, alinéa 1er), et qu'on doive *distraire de l'actif du failli tout ce dont il n'est que détenteur ou dépositaire* (V. *suprà*, n° 84). La faillite du commissionnaire-participant pourra bien mettre obstacle à la revente, et conséquemment au compte qui, sans la faillite, en eût été la suite. Mais, outre que la revente et la répartition de la perte et des profits ne sont pas de l'essence de la participation, laquelle peut se borner à l'achat et à un partage (V. *suprà*, n° 93), l'état de l'acheteur ne pourra pas faire que les cafés n'aient pas été, aussitôt qne livrés, et n'aient pas continué d'être, à la concurrence convenue, la propriété du coparticipant dont la commission *pour acheter* a reçu son exécution. C'est un fait accompli. Si donc la marchandise est encore en nature, totalement ou partiellement, soit chez le marchand de Bordeaux, soit dans sa faillite (V. *suprà*, n° 89, alinéa 6), la revendication n'étant autre chose que l'exercice du droit de propriété (V. t. 3, n° 199), le marchand de Bayonne ou sa faillite peut agir en partage et revendiquer son tiers.

98. — Cette conclusion nous semble indéniable. Mais, sur la foi de Savary trop extensivement interprété, M. Troplong insiste et persiste. Voici comme il s'exprime, n° 503 :

« La participation engendre cependant des rapports « qu'il faut définir.

« Et d'abord, le participant qui agit n'est pas nécessai- « rement, comme dans la société collective, le manda- « taire de celui qui n'agit pas. Presque toujours l'affaire « est sienne ; il opère en droit soi, comme dit Savary, et « alors on ne peut le révoquer ; car, ce serait vouloir lui « enlever le domaine de sa chose (1). Le fermier de l'oc- « troi qui a des participants, *le négociant de Bordea u* « *qui achète une portion de ca,é de compte à demi avec l*

(1) Rote de Gênes, *Décis.*, 15.

« *négociant de Bayonne* (*ibid.*, nos 482, 483)..... font « leur affaire propre : s'ils ont des associés, c'est pour « partager les gains et les pertes, mais pas pour commu- « niquer la propriété même de l'opération. »

Le participant qui agit n'est pas nécessairement *le mandataire de celui qui n'agit pas..... Nécessairement!* Il est donc des cas où le participant qui agit peut être mandataire du participant qui n'agit pas, et, de leur nombre est, sans nul doute, notre espèce ; car comment n'y aurait-il pas un mandataire là où il y a eu mandat donné, accepté, exécuté ?

Glissons sur tout le reste, qui, en ce moment, ne nous regarde pas, et bornons-nous ici à une seule hypothèse :

Deux heures après la livraison, les cafés ont péri par le feu du ciel, et voici le participant de Bordeaux qui vient demander le montant de ses avances, soit 20,000 francs, pensant que cela va sans dire. Mais le participant inactif lui répond : Je sais très-bien que vous n'avez acheté et payé pour vous-même que les deux tiers des cafés, et que l'autre tiers, vous ne l'avez acheté, et payé, de votre argent, que pour moi, par mon ordre. Mais il ne s'ensuit pas que je vous doive un centime.

La raison en est claire : vous ne m'avez associé à « l'opération que pour en partager les gains et les pertes, et non pour m'en communiquer la propriété même. Or, à Dieu ne plaise que je veuille *vous enlever le domaine de votre chose.* Cependant, que je vous rembourse un tiers du prix d'achat, et j'entre pour un tiers dans le cas fortuit, ce qui ne doit pas être, car *res perit domino.* D'un autre côté, des cafés qui ont péri ne sauraient donner lieu ni à pertes, ni à profits, ni à aucun compte. Vous voyez donc bien que mon débit de 20,000 fr. chez vous se solde par zéro.

Juge du procès, et l'art. 91 (1) sous les yeux, que dirait Savary?

Dans l'autre hypothèse, l'effet est le même. Car, tenu

(1) Savary (l. 1, p. 365) recommande instamment aux commis-

des 30,000 fr. versés par le participant inactif, le participant actif supporte aussi la perte tout entière, *quoniàm solus dominus;*

Et pourtant, si la chose n'eût pas péri, et qu'on l'eût revendue avec profit, il n'aurait que la moitié des profits, précisément comme dans notre espèce.

En un mot, toute conséquence du faux principe que le participant qui agit est propriétaire de ce dont il a fait l'achat et s'est livré *pour compte*, est une erreur.

99. — Au reste (ceci soit dit en passant), la chose, l'affaire, l'opération, ne signifient pas une même chose.

La *chose*, c'est la marchandise, la matière même du contrat;

L'*affaire*, c'est la participation convenue, plus tous les pactes accidentels qu'il plaît aux parties d'y ajouter (*suprà*, n° 93), sans aucune autre limite que l'art. 6 du Code Napoléon;

L'*opération*, c'est, ou la vente ou l'achat, ou l'achat et la revente de la chose, avec obligation d'un compte des profits et des pertes, par lequel le gérant consomme cette opération.

100. — « Entre participants (avons-nous dit, t. 2, « n° 38), la convention *principale* n'est pas *de communi « dominio acquirendo*, et, en général, rien n'est plus « vrai. » Pourquoi? Parce que, si l'*affaire* aboutit à l'*opération* par la vente ou revente de la *chose* (*quod ple-*

sionnaires *de ne pas s'obliger en leur propre nom*. Il leur donne même des formules de passements d'écritures pour éviter ce *grave inconvénient* qui, de nos jours, est un si grand avantage que, sans lui, le commerce, et surtout le commerce au loin, serait impossible. Quel négociant de Nantes ou de Rennes, peut-être même de Paris, est assez connu sur les marchés de Tauris ou de Calcutta pour qu'on lui vende, sous son nom seul, 1,000 barriques de sucre et 1,200 balles de coton? Le commerce localisé par le privilége féodal, garrotté par les maîtrises et jurandes, en un mot, le commerce au berceau, tel qu'il se pratiquait au temps de Colbert et de Savary (noms inséparables dans la reconnaissance publique), ne ressemblait pas plus au commerce libre et gigantesque de nos jours que le Paris d'aujourd'hui ne ressemble à *Lutèce!*

rumquè fit), la question de copropriété n'est de nul intérêt.

Mais si l'*opération* vient à manquer (et c'est notre hypothèse), l'*affaire* n'en aura pas moins existé, et la chose achetée en commun n'en existe pas moins. Comment savoir ce que la chose doit devenir, qu'on ne règle préalablement les droits de chacun eu égard aux faits accomplis, comme on règle, eu égard aux faits accomplis, les droits de chaque associé dans toute autre société déclarée nulle, *v. g.*, faute de publication? C'est une application de la règle *Facta pro infectis haberi non possunt*, et, dans ce cas, la question de copropriété est de toute importance.

D'un autre côté, si la convention principale, la *participation*, est mélangée de conventions accessoires (et c'est le cas ordinaire), on jugera cette question *pro variis causarum figuris*.

Par exemple, de ce que nous sommes convenus que vous vendrez, de compte à demi entre nous, un navire dont vous êtes déjà seul propriétaire, il ne suit pas nécessairement que vous m'ayez cédé la moitié du navire. Cela peut être, cela peut ne pas être (V. *suprà*, n° 93); c'est un problème intentionnel qui ne se résout point par les règles du contrat de vente : *judicantis erit arbitrium.*

101. — Mais, lorsqu'il est de fait incontesté ou prouvé que vous avez accepté mon mandat d'acheter, moitié pour vous, moitié pour moi, en vue de la revendre à nos perte et profit communs, la goëlette *l'Impératrice-Eugénie*, et qu'on vous l'a vendue et livrée, le point de savoir si je suis ou non devenu copropriétaire est une question préjudicielle, une question de droit commercial qui se juge par les règles du contrat de commission. Il le faut bien, puisque c'est le mandat qui a donné l'être à la participation. Si l'on juge que vous avez rempli mon ordre, il sera jugé implicitement que je dois supporter ma part du sinistre s'il y a eu sinistre, *quoniàm dominus*, et, par cela même, que je puis revendiquer; et, pourtant, si rien n'est venu dissoudre l'association, la participation, convention principale, sera régie par ses règles propres.

102. — Il n'est sortes d'erreurs qu'on n'ait enseignées en matière de participation :

Par exemple, on dit très-bien, nous l'avons dit nous-mêmes, et nous le disons encore, que la participation est une société *occulte.* Mais, prenant le mot occulte dans le sens du mot *mystérieux*, beaucoup de personnes en ont conclu que, si l'association se *divulgue* (c'est le mot dont on se sert), tous les associés sont tenus solidairement. Cependant, en dialectique comme en droit, c'est une erreur : en dialectique, car *occulte* est un qualificatif neutre qui exprime une chose restant cachée sans qu'il y ait rien à faire (*latet suâpte naturâ*), tandis que *mystérieux* est un qualificatif actif, exprimant une chose qu'on prend soin de cacher ; en droit, parce que, en dispensant la participation de la publicité prescrite pour les autres sociétés commerciales, l'art. 48 n'impose point aux coparticipants la nécessité de faire mystère de leur association, sous peine de la voir dégénérer en une *société* qui entraîne la solidarité passive.

Occulte répond au latin *non proscripta*, et, par rapport à la participation, il ne signifie pas autre chose.

Ce qui constitue éminemment l'essence de la participation, *c'est que l'associé qui agit n'use que de son propre crédit.* Voilà le point fondamental. Tant que les choses se passent ainsi, sans manœuvres frauduleuses, sans faits d'imprudence de nature à induire le public à croire que d'autres contractent que le participant qui traite, une participation peut exister et agir à ciel ouvert, sans cesser pour cela d'être participation, et l'on en voit chaque jour des exemples.

103. — Une autre erreur grave est à rectifier.

Les uns prétendent que la participation est aussi bien un *être moral* que toutes les autres sociétés. Dans ce système, les choses mises ou achetées en commun constituent à la participation un patrimoine propre, gage particulier de ses propres créanciers, non-seulement à l'exclusion des créanciers personnels de chaque associé et des associés eux-mêmes, mais même à l'exclusion des créan-

ciers de celui des associés qui seul a contracté, et a contracté en son seul et privé nom (1).

Un autre système dont les conséquences se verront plus tard (*infrà*, n° 105) est de dire : la participation n'est pas une société ; elle manque des conditions requises par l'art. 1832 du Code Napoléon. La copropriété des apports ne s'y communique pas. Tout y est individuel, propriété et industrie.

104. — Ces deux systèmes sont deux erreurs, et (chose qu'on ne voit pas souvent), quoique opposées l'une à l'autre, elles n'en ont pas moins une seule et même origine.

En effet, leurs partisans respectifs prennent pour point commun de départ leur commune opinion qu'un *être moral* est de l'essence de toutes les sociétés indistinctement, sans en excepter la société civile, et, cela posé, les uns disent : la participation est une *société* ; elle est donc être moral ; les autres : la participation n'est pas un être moral ; elle n'est donc pas une *société*.

Iliacos intrà muros peccatur et extrà, car la participation est une société, et n'est en aucun cas *être moral*. Voilà notre thèse. A la preuve.

105. — Quelle que soit la dénomination légale d'une société, on n'en conçoit pas l'existence sans le contrat de société ; *prius est esse quàm esse tale*. Les sociétés *collective*, *en commandite*, *anonyme*, sont donc, avant tout, contrats de société. Outre cela, elles sont *personnes morales*. C'est un point hors de toute controverse.

(1) Ce système, que défendaient Merlin et M. Pardessus, chacun dans une consultation très-soignée, et dans une affaire où il s'agissait d'un apport estimé 800,000 fr., a été condamné par la Cour suprême (arrêts des 2 juin 1834 et 19 mars 1838). Mais précédemment (le 28 mars 1815), elle s'était prononcée pour le système inverse.

Quelque chose de plus étrange, c'est que, dans la même affaire, la Cour de Paris (3e chambre) se prononçait contre, le 9 avril 1831, et pour (1re chambre), le 2 août de la même année.

Quant aux autres Cours et tribunaux, la jurisprudence sur cette question et sur beaucoup d'autres y est, comme de coutume, incertaine et flottante.

Mais on a vu, il n'y a qu'un instant, de quelles contestations divergentes la participation est l'objet. Or, pour les pouvoir apprécier rationnellement, il est préalable de savoir comment sur la société-contrat a pu s'enter une société fictive, personne distincte de la personne des associés.

Ce phénomène exige, à coup sûr, quelque autre chose que le contrat, car un contrat n'oblige que ceux-là seuls qui contractent. C'est un principe trivial : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.*

Cette autre chose, c'est la manifestation, la notoriété publiques que les associés se recommandent à tous, non comme tels et tels individus, mais comme un corps composé de tels et tels individus, *ex pluribus individuis conflatum ;* qu'ils agissent et contractent, non pas en leurs noms privés, *ut singuli*, mais en leurs noms privés, réunis et résumés en un nom collectif, *ut universi;* non sous leur responsabilité individuelle, mais sous leur responsabilité une et indivisible ; non chacun par sa signature personnelle, mais tous pour chacun, et chacun pour tous, par les signatures de tous, virtuellement englobées dans la *signature-raison.*

C'est par cette personnification, qui manifeste au public une agrégation de commerçants faisant le commerce au moyen d'un préposé de *raison,* que la société additionnelle prend un nom propre, et se distingue de la personne des associés, sans cesser pour cela d'en être inséparable au point de vue général, tandis que, au point de vue individuel, la séparation est tellement absolue que chaque associé peut valablement faire avec sa société toutes sortes de contrats, vente, louage, transport de créances, etc., même des participations.

Mais, nonobstant l'inséparabilité ou la séparation, ce ne sont plus les associés qui s'obligent et contractent ; c'est l'*être moral.*

C'est aussi de là que découle leur solidarité, et non d'un prétendu mandat qu'ils seraient censés s'être donné les uns aux autres, fiction inopportune que la loi ne fait pas (V. Pothier, *Société*, nos 66 et 90).

Quel besoin, en effet? L'être moral, *institor* des associés, ces mêmes associés en sont les créateurs : *auctores sunt ;* ce sont eux qui l'ont mis en avant, *palàm præposuerunt.* Si donc cet être moral cause quelque dommage, en n'exécutant pas les obligations qu'il a prises *intrà fines præpositionis*, ses préposants doivent en répondre, *tous pour chacun et chacun pour tous* (art. 1384 C. N.).

Cette création fictive, l'intérêt privé ne l'exigeait pas moins que le succès des grandes entreprises, *toujours liées à l'intérêt de l'État* (1). On a compris que, si l'indivisibilité des mises et de la responsabilité enhardissait le crédit par plus de sécurité, les droits et les obligations de ceux qui contractent avec la société et des associés entre eux se régleraient, avec plus de justice et de facilité, au moyen d'une distinction entre la personne des associés et la personne sociale.

Toutefois, pour que la société personnifiée répondît aux vues du législateur, deux autres choses étaient requises, la *constatation* et une publique notoriété. Quelle garantie la société superposée, l'*être moral,* offrirait-elle au crédit, si elle pouvait disparaître au gré des associés, et ceux-ci renier leur commune responsabilité? L'*écriture* et la *publicité* entraient donc nécessairement dans la constitution légale de la société-*personne.* Chacun sait ainsi, ou peut s'assurer, quand elle est née, sous quel patronage, quand elle finit ou se modifie, et jusqu'où s'étendent les pouvoirs du préposé, *personnificateur* de la raison sociale. Nul ne peut être trompé sans sa faute ou sa négligence.

Mais, tout en favorisant cette création ingénieuse, le commerce n'a eu garde de répudier le contrat de société, pur de fiction, et non moins nécessaire à ses besoins que les sociétés personnifiées (2). Il ne se fait pas chaque

(1) Expressions du discours préliminaire du Code de commerce.

(2) « Il est sans doute qu'il se fait souvent de ces sociétés, et « M. Savary dit qu'aussi bien que celles en commandite, elles sont « avantageuses à l'Etat, au public et au particulier, etc. » Toubeau, liv. II, tit. 3, chap. 4 (*Des soc. anonymes et tacites*), ce qui signifie aujourd'hui *association en participation.*

jour, par centaines, des sociétés, personnes-morales; tandis qu'à chaque heure du jour, il se contracte, il s'improvise des participations sans nombre, et d'une indicible variété. La société-contrat, la société *juris gentium*, subsista donc toujours et continue de subsister à côté de la société-personne, et c'est ce contrat, appliqué au commerce, que la loi a nommé *association* en participation.

A la différence des trois autres sociétés façonnées par le droit civil (*quod quisque populus ipse jus sibi constituit*), la participation est restée sous l'empire du seul droit naturel : *Societas consensu contrahitur.* L'art. 48 n'est que la traduction de ce texte. Ainsi, « considérée *in* « *genere*, la participation commerciale est une société « qui peut rester occulte, et est telle que la convention « veut la faire, moins la société *collective*, *anonyme* ou « *en commandite.* » Les parties veulent-elles former une société translative de la copropriété des mises, elle sera translative de la copropriété des mises; ne mettre en commun que les pertes et les profits, libre à elles. Mais la participation n'en sera pas moins une société, la société pur contrat. Si le Code de commerce l'a nommée association, ce n'est pas pour faire entendre qu'elle n'est point une société; c'est pour ne pas confondre dans une même dénomination deux choses qu'on voulait et qu'il fallait distinguer, la société *feinte* et la société qui n'admet pas de fictions. *Association* est le mot générique. Chacune des espèces, créations de la loi, est une association qui se distingue par le caractère propre que la loi lui imprime.

Il est donc inexact de dire que la participation ne constitue par une société. Il ne l'est pas moins de poser en principe absolu qu'industrie et propriété, tout y est individuel. Cela n'est vrai que si les parties n'ont pas voulu autre chose, *nisi in aliud consenserint.* Mais supposons les mises propriétés individuelles, que faudra-t-il en conclure? Sans aucun doute, que le participant inactif peut revendiquer son apport chez le coparticipant failli; car, pour pouvoir revendiquer, une seule condition est re-

quise, mais c'est une condition *sine quâ non : être propriétaire*, ou *loco domini*. Au lieu de cela, on en conclut que les choses mises en commun pour en partager les pertes et les profits deviennent et restent toutes le gage des créanciers du participant qui tombe en faillite après avoir géré! C'est évidemment conclure en sens inverse de ses propres prémisses.

Par conséquent si, dans l'intérêt de notre participation de compte à demi, Jacques, participant actif, a contracté une dette de 10,000 fr., je dois, il est vrai, 5,000 fr. à sa faillite. Mais, en lui offrant cette somme, ce qui me soustrait au droit de rétention, je revendique, à bon droit, ma goëlette *le Nestor*, qui, avec le brick *la Motte-Piquet*, appartenant à Jacques, était la matière de notre association.

106. — Redisons donc, et posons comme un principe certain, ce que nous avons dit en commençant : « La participation est une société pouvant être ou n'être pas *de re communicandâ*, et qui n'est pas plus *être moral* dans « l'un de ces cas que dans l'autre. »

S'il est de convention que les choses apportées de part et d'autre resteront respectivement la propriété individuelle de celui qui en a fait l'apport, il y a simplement lieu à l'action *rei vindication*.

Si l'on est convenu de la copropriété des mises, et que le participant actif soit déclaré failli avant l'*opération*, l'autre participant a contre la faillite l'action *communi dividundo*, demande en partage, qui implique toujours la demande en revendication.

C'est dans cette dernière espèce que rentrait l'exemple emprunté à Savary, parce que, entre une chose achetée en commun, et deux choses mises en commun avec communication de la propriété, nulle différence.

Par l'effet du mandat exécuté et du droit qu'a introduit notre art. 91, c'est comme si les deux marchands, se trouvant ensemble à Bordeaux, eussent acheté en commun, sous le nom d'un seul des deux, ne faisant usage

que de son propre crédit (1); *qui mandat ipse facere videtur.*

Ah! si, dès avant la correspondance, le marchand de Bordeaux eût été seul propriétaire des cafés, chacun sent la différence. Ce serait la première des deux espèces expliquées, *suprà*, nos 94 et suiv.

107. — Maintenant, de quelle manière les droits du vendeur et des deux participants, ou de la faillite respective de ceux-ci, devront-ils être réglés *pro varietate casuum?*

108. — Si le participant de Bordeaux n'est pas en faillite, et que celui de Bayonne doive encore sa part de l'achat, le vendeur peut lui demander cette part, comme il pourrait la demander à la faillite de ce coparticipant. Mais, dans ce dernier cas, comme une faillite ne représente le failli qu'à son état normal d'insolvabilité, et paye seulement *pro viribus bonorum* (V. *suprà*, nos 85 et 89), le maître du navire viendra dans cette faillite au marc le franc avec les autres créanciers.

Dans la double hypothèse, l'action, comme on le voit, procède en vertu de l'art. 1166 du Code Napoléon. Or, en exerçant les droits du débiteur bordelais dont il se fait *prenant-cause*, le maître du navire n'en peut avoir d'autres que ceux de ce débiteur lui-même contre son propre

(1) Négociant de Brest, et me trouvant à Rouen, je vais en fabrique avec Jacques, mon commissionnaire d'habitude; nous choisissons de la marchandise, et le fabricant sait très-bien que c'est pour mon compte que l'achat sera fait. Cependant, il ne traite qu'avec Jacques. Celui-ci seul est obligé, et pourtant, de Jacques à moi, la marchandise m'appartient et est à mes risques. Elle m'appartient aussi à l'égard de ses créanciers, à charge de prouver le mandat et l'exécution.

Mais je n'ai nulle action contre le fabricant, ni lui contre moi.

Il en est de même de deux participants qui achètent ou vendent en présence l'un de l'autre, lorsqu'un seul s'oblige. *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.*

Ce cas n'est pas celui de deux marchands qui, achetant ensemble, sont tenus solidairement, sans qu'il soit besoin d'exprimer la solidarité, comme il faudrait le faire dans une vente civile.

débiteur. Il ne peut donc exiger l'entier du prix de la marchandise : *Ce qu'on a donné à crédit, on le demande à qui l'a reçu.*

De même, un vendeur qui n'aurait pas déjà livré la chose, ne pourrait valablement la lui livrer, eût-il la preuve authentique de la participation. Il ne pourrait même pas lui en livrer la moindre partie.

109. — Si le marchand de Bordeaux a été déclaré failli, plus d'action pour le vendeur, même contre la faillite du participant-commettant. La raison est que les dettes de l'acheteur bordelais, comme celles de tout autre failli, composent la *créance collective* de sa masse, et que, dans son administration, la faillite constitue un *totum* indivisible (V. *suprà*, n° 89, alinéa 2).

Le maître du navire ne peut donc pas plus qu'aucun autre créancier séparer sa créance de la créance collective, ni en détacher une fraction quelconque, pour en poursuivre le recouvrement à son profit. L'action n'appartient qu'au syndic. Mais, comme la faillite *se divisera dans sa liquidation* (V. le même n°), la créance du vendeur des cafés y aura son dividende à l'égal proportionnel de chacune des autres créances dont la créance collective se compose.

110. — Si le marchand de Bayonne a payé son tiers du prix, et qu'il revendique, il n'a d'autre offre à faire que celle de payer le tiers des frais de toute nature dont la marchandise peut se trouver grevée.

Au cas contraire (1), il doit offrir et le tiers de ces

(1) Selon M. Vincens, t. 1, n° 379, le coparticipant *qui n'a pas déboursé sa mise* n'a rien à prétendre dans la chose achetée pour lui de compte à demi, par son ordre. C'est une erreur très-grave (V. *suprà*, n° 97).

Règle absolue : le payement du prix est *nullius momenti* quant à l'acquisition de la propriété. Si j'achète une chose d'ordre et pour le compte de quelqu'un, et que je ne la lui aie pas livrée, j'ai la rétention jusqu'à parfait payement. Si je livre non payé, *res abit in creditum*, et la propriété n'en est pas moins acquise au débiteur dans l'un de ces cas que dans l'autre.

frais et le tiers du prix. Jusqu'à ce temps, le syndic peut et doit retenir la chose. C'est, en général, le droit de tout créancier et spécialement de tout commissionnaire (article 93).

111. — Mais *quid juris* si, pour réponse à la demande en revendication, le syndic de Bordeaux allègue que, prenant la cause de son failli, il veut vendre les cafés et conduire à fin la participation convenue?

En pur principe, cette exception serait inadmissible :

1° La faillite a dissous l'association (art. 1865 Cod. Nap.);

2° Si l'art. 1166 du même Code permet au créancier d'exercer les droits de son débiteur, il en excepte « ceux « qui sont exclusivement attachés à la personne. » Or, dans une association en participation, comme dans tout contrat de société, *persona eligitur*. Le marchand de Bayonne aurait donc à dire : J'ai bien voulu m'associer avec votre débiteur, quand il n'était pas failli; mais je n'ai pas entendu m'associer avec ses créanciers.

Cette défense toute péremptoire si, étant *integri status*, le marchand de Bayonne la proposait lui-même, ne le sera pas moins, proposée par son syndic, parce que ce syndic *personnifie* la faillite, et que celle-ci *représente* le failli (V. *suprà*, n° 77).

Mais, si le syndic allègue que le partage de la chose commune, ou la discontinuation de la vente commencée par le failli serait nuisible aux intérêts communs, *judicis erit arbitrium*. On ne sacrifierait pas ces intérêts à la rigueur d'un principe de droit dont l'application se retournerait contre celui-là même qui l'invoque.

D'ailleurs, il est aussi de principe que, si la nécessité ou quelque utilité l'exige, la société dissoute continue de subsister quant aux opérations commencées : *Societas non dissolvitur per mortem socii quoad negotia cœpta, seu ut vulgò dicitur* Stralcio (*liquidation*) (Casaregis, Disc. 146, n° 37).

112. — Si le marchand bayonnais n'a pas payé son

tiers, et que les cafés soient venus en baisse, *v. g.*, 20 à 30 p. 100, il y a peu d'apparence que son syndic agisse. Que peut et doit faire, en ce cas, l'autre syndic?

Ses droits sont précisément ceux dont il est parlé dans nos art. 93 et 94, relatifs aux commissionnaires. Il peut donc citer le syndic de Bayonne devant le tribunal *de Bordeaux*, en condamnation au remboursement des avances faites ou, ce qui est la même chose, en payement de la dette contractée *pour compte* par l'acheteur participant; et conclure à ce qu'il lui soit permis d'opérer le partage de la marchandise, et d'en vendre le tiers, par ministère de courtiers, aux risques et frais de la faillite de Bayonne, laquelle sera tenue de la différence entre le prix de l'achat et le produit de la revente.

Mais dans tous les cas possibles, la faillite de Bordeaux ne viendra dans la faillite de Bayonne que pour le dividende afférent à sa créance.

113. — Enfin si, par suite d'une participation contractée avec elle, une société en nom collectif, déclarée faillie après l'achat et avant la revente, est débitrice de mon débiteur Jacques, l'un de ses membres, *v. g.*, pour avances par lui faites à l'achat, et que je me constitue *prenant-cause*, je dois être admis au passif de la faillite sociale pour le montant de la créance de Jacques, à la concurrence de la mienne sur lui, comme le serait tout autre créancier de la société.

Réciproquement, si, participante active, la société a fait des avances, et que Jacques vienne à faillir, l'entier de ces avances doit être admis au passif de sa faillite, comme s'il était étranger à sa société;

Et un partage pourra ou ne pourra pas être demandé, selon que la chose, objet de l'opération avortée, aura été acquise, par le gérant de la participation, pour le compte commun des coparticipants, ou exclusivement pour son propre compte.

Tel est le droit des faillites sur la participation appliquée aux achats et ventes du commerce.

114. — On a remarqué peut-être que, contre nos habitudes, nous n'avons pas, une seule fois, cité les jurisconsultes italiens dans tout le cours de la présente dissertation. En voici le motif :

Dans l'Italie des seizième et dix-septième siècles (1), on ne connaissait nul contrat qui eût, comme en France depuis le Code de 1808, la dénomination *légale* (2) de *participation*, ou d'*association en participation*. Aussi Targa, Mantica, Ansaldus de Ansaldis, etc., et même Casaregis qui leur est postérieur, ne se sont-ils jamais servis des expressions *participatio*, *partecipazione*, comme dénominatives d'un contrat, mais seulement pour qualifier l'intérêt de chaque associé dans une association mercantile, à laquelle les statuts avaient imposé ou conservé le nom d'*accomenda* ou *accomandita*.

Quelle était l'origine de ces dénominations synonymes? Casaregis n'en a parlé que par manière d'acquit, sans y attacher, dit-il, aucune importance, et uniquement pour la satisfaction de ces investigateurs minutieux qui chercheraient des poils sur un œuf : *Pilos in ovis scrutari soliti* (Disc. 29, n° 9). Nous ne sommes pas de son avis, et le malin dicton vient ici mal à propos. Plus souvent qu'on ne pense, l'étymologie du mot fait comprendre la chose qui, sans ce moyen, resterait peut-être incomprise (3), et nous allons l'éprouver en cet endroit même.

D'apres Ulpien (L. 186, D., *De verb. sign.*), *commendare*,

(1) Et même beaucoup plus tard, c'est-à-dire, jusqu'à l'introduction de notre Code dans plusieurs parties de l'Italie.

(2) Voici en quels termes De Jorio, auteur napolitain qui écrivait de nos jours (1797), s'exprime en parlant *della società anonima*, liv. 4, tit. 16 : *Quella società é oscura, ed ignota al publico... Ella dunque si dee regolare colle leggi generali della società...* N'ayant donc rien à en dire particulièrement selon le droit italien, il se borne à traduire littéralement, *totidem verbis et syllabis*, ce qui en est dit dans Savary. Preuve évidente que la *participation* n'était réglementée par aucune loi italienne.

(3) Cicéron et Quintilien recommandent instamment l'étude des étymologies et avertissent que, qui n'a pas fait cette étude risque fort souvent de compromettre son jugement.

qui s'est traduit en italien par *accomandare* (1), c'est faire un dépôt, confier une chose à la foi d'un autre. Or, on peut déposer une chose pour être gardée, puis rendue en nature à première réquisition, ou la confier en dépôt pour qu'il en soit fait par le dépositaire, soit tel usage qu'il voudra à la charge de rendre *tantùmdem* à la première demande, soit *un usage ou un emploi déterminé* (2).

Ce dernier genre de dépôt était le premier fondement de l'*accomandita*, car cette convention constituait un de ces contrats *qui re perficiebantur*. On pouvait, *solo consensu*, contracter l'engagement de le former; mais on ne pouvait le former sans livrer à quelqu'un, *per modum depositi*, un capital ou d'autres choses, pour en faire le trafic (3); non pas, sans doute, à charge de les rendre, mais à la charge de rendre compte du trafic qu'il en aurait fait; et, comme le dépôt est ou régulier ou irrégulier, et qu'une institution conserve toujours des traces plus ou moins sensibles de son origine (4), de même l'*accomandita* était de deux espèces, l'une *propria e regolare*, l'autre *impropria e irregolare* (Fierli, p. 21).

Dans la première, tout le commerce (*negotium*) résidait en la personne des *accomandanti* (5). Ils en étaient tous copropriétaires, *condomini qui dominium et jus formale* (la pleine disposition) *negotii habebant*. L'*accomandatario* (6) n'était qu'un instituteur, un gérant.

Ceux qui faisaient partie de la société avaient trois déno-

(1) Ou *raccommandare*. Mais cette dernière expression était spécialement affectée aux consignations de navires ou de marchandises dans des pays lointains (V. De Jorio, lib. 1, tit. 16, p. 113).

(2) V. art. 408 du Code pénal. Il y est fait mention du dépôt de cette espèce, dont il n'est point parlé dans le Code Napoléon.

(3) « *L'accommandita è una specie di deposito di denaro, o di altra « roba, che si fida ad alcuno per traficarsi.* » (Grég. Fierli, *Della società accomandita*, capitolo 3, p. 21, *in princ.*).

L'ouvrage de Fierli, jurisconsulte à Florence, a été imprimé à Rome en 1840, fort peu de temps après la mort de son auteur, par les soins de l'avocat romain Cebarini, lequel, en parlant du Fierli, s'exprime en ces termes : *Che uno è dei più valenti giureconsulti d'Italia, ultimamente defonti.*

(4) V. t. 3, nos 9, 224 et Pothier (*Dépôt*), n° 81.

(5) Les déposants ou *commanditaires*.

(6) Le dépositaire ou *commandité*.

minations, exprimant chacune une qualité relative. *Accomandanti* à l'égard de leur préposé, ils étaient réciproquement *participes*, *partecipi*, les uns par rapport aux autres, *ad ratam depositi cujusque*, et, au regard de quiconque avait traité avec l'*accomandataria*, tous étaient *compagni*. Ils formaient donc une aggrégation de sociétaires, tous *condomini*, tous représentés par un *institor* dont le salaire consistait en une quotité déterminée des profits (1), s'il y avait des profits. Au cas contraire, *in vanum laboraverat*.

E converso, dans l'*accomandita* de la seconde espèce, il était requis que celui qui devait la gérer, la gérât gratuitement, et qu'il y eût un intérêt personnel. A ce point de vue, il était donc le coégal des autres intéressés. Mais une chose l'en distinguait essentiellement : ses *compartecipi* lui transféraient la propriété de leurs apports; non pas, il est vrai, d'une manière absolue comme fait un donateur qui transmet entre-vifs, car ils devenaient créanciers de ce qu'ils avaient apporté, et, le jour du compte (2), leurs créances représentaient leurs mises, modifiées par le bon ou le mauvais succès du trafic; mais ils lui en transmettaient la *padronanza*, le *jus formale*. Ainsi, la propriété de l'apport fait par chaque associé venant se réunir à la propriété du sien, tout le commerce était dans sa main. Il en disposait en maître, ne contractait jamais qu'en son propre nom, et, dans cette réciprocité de rap-

(1) *Con il ripartimento dell'utile* (le profit). Stat. Gen., lib. 4, cap. 15; *Targa*, cap. 34 et 35, *Azuni*, v° *Accomenda*.

Ce salaire était ordinairement de 2, quelquefois de 4 p. 100.

(2) Le statut de Gênes était d'une grande sévérité sur l'obligation de rendre compte. L'*accomandatario* qui n'avait pas rendu le sien dans le délai prescrit était condamné, non-seulement à la restitution du capital, mais encore, par forme de dommages-intérêts, en cinquante pour cent de bénéfices légalement présumés (Targa, cap. 31, § 6). Quels profits immenses le commerce ne devait-il pas rapporter, pour qu'il pût être juste d'accorder de telles indemnités! C'est à ces époques reculées (vers le milieu du quinzième siècle) que Côme de Médicis, dit l'*Ancien*, et Jacques Cœur firent leurs fortunes colossales.

Plus tard, la jurisprudence adoucit le statut. Mais on ne descendait pas au-dessous de 20 p. 100, encore réservait-on aux *compartecipi* le droit de prouver un plus ample dommage.

ports, il est clair que les coparticipants ne pouvaient pas plus être dits *condomini* du *negotium*, qu'on ne peut être dit le *dominus* d'une chose dont on a fait à quelqu'un le dépôt irrégulier.

Nonobstant donc les dénominations identiques de ceux qui en faisaient partie (*participes*, *partecipi*) et de leurs apports respectifs (*participatio*, *partecipazione*), on voit que les deux sociétés portant le même nom (*accomenda* ou *accomandita*), ne convenaient en rien, et de là des effets contraires qui s'offrent d'eux-mêmes à l'esprit :

Dans l'*accomandita irregolare*, point d'action contre les participants. Pourquoi? Parce que les créanciers avaient traité avec un *dominus* unique qui n'avait *chanté* (1) que sous son privé nom.

Mais dans l'autre *accomandita*, les *participes* étant tous *condomini*, tous *socii*, tous préposants, ils étaient tous solidairement tenus, *ognuno per ognuno*.

Toutefois, leur solidarité ne s'entendait pas comme la nôtre. Elle était entendue en ce sens, non que chaque associé fût tenu de la dette tout entière, mais, en cet autre sens, que le créancier pouvait, à son choix, exiger juridiquement de tout *compartecipe*, à la concurrence de sa participation, *rata pars* (Fierli, p. 81). C'est pourquoi, qui avait déposé 100 ducats était tenu de payer 100 ducats, quel que fût dès à présent, ou pût devenir un jour, le sort de sa mise (2); solidarité d'invention italienne qu'on n'eût pas mal fait d'introduire en France (3).

(1) *Cantare* (se faire entendre), expression consacrée par le statut de Florence de 1713, et passée dans les livres de jurisprudence italienne.

(2) Si les 100 ducats ne suffisaient pas, le créancier s'adressait à un autre associé, et ainsi successivement jusqu'à parfaite satisfaction, et presque jamais ne se voyait-il forcé de provoquer la mise en faillite de la société; immense avantage, au double point de vue de l'intérêt public et de l'intérêt privé.

(3) Rien n'est, en effet, plus propre que ce *juste milieu* entre la société en commandite et la société en nom collectif, à prévenir les fraudes auxquelles pourraient se prêter le voile de l'anonyme, les actions au porteur, les coupons d'actions, et à provoquer le crédit et l'association : le crédit, par un notable accroissement de sécurité; l'association, parce que chacun est libre de mesurer sa solidarité

D'après ces simples notions, on voit que Straccha raisonne juste lorsqu'il dit : *Particeps et socius idem sunt; particeps tenetur in solidum, etiamsi participatio sit parva* (Déc. 14, nos 21, 23); et Deluca tout aussi bien, quand il dit : *Participes non sunt condomini; nec convenire, nec conveniri possunt.*

Maintenant. d'où vient que l'auteur romain a raison de dire précisément le contraire de ce que l'auteur gênois dit avec raison? C'est qu'à la faveur d'un mot (*particeps*), que chacun d'eux entend à sa manière, *pro sibi subjectâ materiâ*, ils exposent le droit de deux sociétés radicalement différentes :

Straccha, d'une société dont l'essence exige un préposé; donc, *condominité* de tous les préposants et leur commune responsabilité, car, qui dit préposant, dit maître, et qui prépose, répond (V. *suprà*, n° 105);

Deluca, d'une société dont l'essence résiste à toute idée de préposition, puisque celui qui gère doit *nécessairement* gérer sa propre chose, et la gérer seul (1), *suo sub proprio nomine*. Point donc ici de *condomini* possibles, ni, par suite, de préposants. Par conséquent, toute autre responsabilité que la responsabilité du maître eût été un effet sans cause.

En France aussi, les coparticipants ne peuvent ni *convenir*, ni être *convenus*. Le seul d'entre d'eux qui le puisse

sur l'importance de la somme qu'il croit pouvoir exposer, sans mettre sa fortune tout entière au bout de la plume d'un gérant qui pourrait en abuser, ou en user témérairement. Cela vaudrait mieux, peut-être, que notre commandite à *commanditaires anonymes*, dont nous ne voulons pas dire *malè audit*, mais qui s'est fait une réputation assez équivoque.

Pourquoi des commanditaires secrets, quand les plus grands seigneurs ne dédaignent plus de se mettre ostensiblement à la tête des grandes entreprises financières et commerciales? Aujourd'hui *marchandise* ne *déroge*.

Au reste, nous ne voyons rien qui empêche de contracter en France des associations avec la solidarité restreinte, comme dans l'*accomandita* régulière, à charge de publier. Aucune loi ne le défend, et de toutes nos sociétés, ce ne serait pas celle qui inspirerait le moins de confiance, et ferait le plus mal ses affaires.

(1) *Seul*, par rapport aux *accomandanti*, car rien n'empêchait qu'il n'eût des coïntéressés dans sa gestion même.

est celui d'entre eux qui a traité. Mais voici la différence : ils n'en seront pas moins *condomini*, si telle est leur volonté, sans que, pour cela, aucun d'eux puisse être censé le préposé des autres, ni encourir la solidarité qu'eussent encourue en ce cas les *participes* dont Deluca s'occupe (1), par la raison fort simple que, si le *negotium* eût été leur copropriété, ils eussent tous été préposants.

Dans la forme, quelle autre différence!

Le statut du prince (république ou autre) soumettait la double *accomandita* à la publicité, et il *en déterminait les effets relativement au public*. A Florence, par exemple, à Livourne, à Sienne, dans toute la Toscane, en Sardaigne, dans les Etats pontificaux, etc., on était tenu de la faire enregistrer sur le livre des commandites du tribunal de commerce (*corte di mercanzia*), avec mention de sa date, de sa durée, du capital social, de la mise (*participatio, partecipazione*), et du nom de chaque participant (2). Si ces formalités n'avaient pas été remplies, les sociétaires étaient privés du bénéfice de l'*accomandita* (3), et tous enchaînés indistinctement à une solidarité sans bornes ; car, dans l'*accomandita regolare*, la solidarité restreinte était au prix d'une exécution ponctuelle de la loi (4).

Chez nous, tout à l'inverse, la participation garde impunément l'*incognito*. Cette association confidentielle n'est astreinte à aucunes formalités, pas même à l'écriture, pour sa constatation ni sa preuve ; *legibus soluta est*, et les *alii* n'ont rien à y voir.

(1) Dans son discours 27, *De locat.*

(2) Statuts de Florence de 1408, 1495, 1577, 1713.

(3) *Non Godino il beneficio dell'accomandita*, expressions littérales du statut de 1713.

On sent bien que nous n'avons pas à expliquer ici, plus au long, le droit de l'*accomandita*. Qui voudra le savoir peut s'en instruire dans Casaregis, disc. 29 et *passim*, et plus amplement encore dans Fierli. Mais (nous en avertissons le lecteur) il ne suffit pas de parcourir leurs ouvrages ; il ne suffit même pas de les lire ; il faut les étudier, et c'est une étude qui n'a pas beaucoup d'attrait.

(4) L'acte devait être enregistré, au plus tard, le trentième jour après sa date, sinon déchéance.

Ainsi, dissemblance au fond, dissemblance en la forme.

N'allez donc pas conclure des participations italiennes à la participation définie *suprà*, n° 105, et francisée par le Code de commerce. Loin d'être une même chose, ces participations nominales n'appartiennent pas au même droit, et ne sont même pas de la même famille que la nôtre. Leur dénomination seule est la même. Mais cette dénomination polyglotte et néanmoins homonyme fait qu'on peut aisément s'y méprendre. C'est un écueil périlleux qui attire insidieusement. Les meilleurs côtiers s'y trompent (1), et nous avons dû mettre un phare.

Sans doute, notre participation existait à Gênes et dans toute l'Italie, car elle existait partout où il existait des hommes. Les sauvages la pratiquent pour leur pêche et leur chasse. Il est même des animaux, des insectes, que leur instinct porte à travailler, amasser, vivre en participation. Mais cette participation de tous les temps, de tous les lieux, nous avons presque dit de tous les êtres animés, que peut-elle être autre chose qu'un contrat du pur droit naturel, *juris naturalis?* Cette participation-là *n'était pas autre à Florence ou à Rome qu'au fond de la Chine ou du Japon.* On ne l'enregistrait pas *nella corte di mercanzia.* Son greffe, c'était la conscience des contractants; son seul régulateur, leur commune volonté. Ils étaient ou n'étaient donc pas *condomini*, selon qu'ils avaient voulu ou n'avaient pas voulu l'être, et alors même qu'ils l'étaient, leur convention n'intéressait qu'eux seuls.

Il en est ainsi parmi nous : In participationibus, *quodcumque pactum sit*, *id valere manifestum est*, art. 48.

Conséquemment, à moins qu'on n'ajoute à la loi quelque chose d'arbitraire (2), *quod facere nefas*, toute la question, la question unique, sera toujours celle-ci : *De*

(1) V. M. Troplong (*Sociétés*), n°s 494 et 500.
V. aussi M. Bédarride (*Faillites*), n° 372. Cet auteur a cru que Casaregis parle de la participation, proprement dite, au n° 39 de son discours 29. La méprise est de toute évidence. Casaregis ne sort pas de son objet, qui est l'explication du droit de l'*accomandita*).

(2) Comme fait M. Vincens (V. *suprà*, n° 110).

quoi les parties sont-elles convenues (1)? Or, pour la solution, quel besoin de Deluca ou de Casaregis? Ou plutôt, quelle compétence ont-ils? Leur était-il donné de savoir de quoi je convins l'an passé, ou je conviendrai l'an prochain, avec Jacques, mon coparticipant?

Et, quant aux tiers (*alii*), *personam contrahentium non egrediuntur contractus.* En matière de contrats, c'est le premier principe de ce droit qu'on n'a pas besoin d'apprendre : *illud nos natura docuit.*

(1) Cette question peut, sans doute, offrir des difficultés : *Facti interpretatio prudentissimos fallit.* Mais ces difficultés-là ne sont poin-particulières à la participation. Elles peuvent surgir de toutes les obligations conventionnelles en général, nommées ou innomées (V. art. 1107 C., Nap.).

§ I.

FAILLITE DU VENDEUR ; DROITS DE L'ACHETEUR ; DROITS DE LA MASSE.

SOMMAIRE.

115. Impossibilité de ramener à quelques principes simples l'objet de ceparagraphe; il s'agit d'une matière complexe par elle-même et par ses accidents.
116. Ce qui constitue la pleine exécution d'une vente.
117. Indication de quatre états différents à l'un desquels la vente se trouve nécessairement le jour du jugement déclaratif.
118. *Cas où la vente n'a reçu aucune exécution*. Lorsqu'au jour du jugement qui le déclare en faillite, le vendeur n'a pas livré la marchandise vendue, payée ou non, elle reste sa propriété; l'acheteur n'a d'action que contre la faillite, et seulement pour ses dommages et intérêts; mais tant qu'elle n'a pas opté pour la résolution, et que la résolution n'est pas demandée en justice, la masse est en droit d'exiger qu'il se livre.
119. Dans une vente au poids, au compte, à la mesure, la propriété ne peut se transmettre, qu'on n'ait fait le poids, le compte ou la mesure de la marchandise; affaire Peyramont; mal jugé de l'arrêt de Limoges et de celui de la Cour de cassation, même au point de vue du droit civil; la convention ne peut pas plus rendre certain et déterminé un corps incertain et indéterminé, qu'on ne peut en transférer la propriété, *solo consensu*.
120. *Cas où l'on conteste l'efficacité de la tradition*. L'insuffisance d'une tradition peut, en certaines circonstances, être corrigée par l'usage.
121. *Cas où la vente n'est exécutée qu'imparfaitement*. Si l'événement s'accomplit, la faillite du vendeur ne fait

pas obstacle à la résolution de la vente conditionnelle; la vente résolue, la tradition reste sans titre, le payement sans cause; position des deux contractants, et règlement de leurs droits.

122. Dans la vente d'un navire, *la transcription en douane* est indispensable pour investir l'acheteur de la propriété; ce n'est pas là une formalité prescrite seulement dans des vues d'intérêt politique et de police; elle est de l'esssence de la tradition, parce qu'elle peut seule assurer l'intérêt des tiers; arrêts des Cours de Rennes, de Rouen, d'Aix; espèce où un contrat de prêt avec nantissement est dissimulé sous la dénomination de la vente d'un navire, *non transcrite*.

123. La convention qu'un navire sera construit *à forfait* n'est ni un mandat, ni un louage d'ouvrage, encore moins les deux à la fois; c'est une *vente à livrer;* conséquence qui en résulte; examen critique d'un arrêt de la Cour de Rouen, qui a, par erreur, jugé le contraire.

124. Qu'un navire soit construit à *forfait* ou *par économie*, les fournisseurs et ouvriers ont un privilége, sans qu'il y ait à distinguer s'ils savaient ou ne savaient pas pour qui le navire serait construit ou se construisait; déclaration du roi du 16 mai 1747; législation nouvelle à cet égard; abrogation formelle de la déclaration de 1747.

125. *Cas où la vente est parfaitement exécutée;* renvoi au paragraphe suivant et raison de ce renvoi.

126. Sur la vente de la chose en voyage, au delà des mers, en mains tierces, renvoi.

127. En ce qui touche la vente *à toutes chances*, et la vente où la propriété reste *in pendenti*, renvoi.

128. Pour ce qui concerne les traditions privatives au commerce, *renvoi*.

115. — Entre les participants eux-mêmes, acheter et vendre n'est qu'un pacte accidentel. Ce qui prédomine dans leur contrat, c'est toujours la convention de partager la perte et le profit d'un achat, d'une vente ou d'une revente à contracter, comme il est dit *suprà*, n° 93, avec des personnes étrangères à leur association (*aliæ*).

Il s'agit ici de la vente, convention principale, de la vente proprement dite (*emptio-venditio*).

Un principe simple a de grands avantages. Par exemple, qu'il soit reconnu, en droit, que la faillite *est le seul ayant-cause du failli* (V. *suprà*, n° 69), combien de pro-

cès étouffés dans leur germe par ce principe décisif sur les conséquences duquel nul ne peut se méprendre !

Mais, le moyen de ramener tous les principes à la même simplicité? On ne le peut surtout quand la matière est complexe, et de ce nombre est éminemment celle qui nous occupe à cette heure.

Nous avons, en effet, à parler de la tradition. Or, souvent une tradition qui dessaisirait le vendeur de sa propriété s'il n'était pas venu à faillir, ne la déplace pas à l'égard de ses créanciers ; car, *faite en payement de la chose vendue*, la tradition est, tantôt nulle de plein droit, et tantôt rescindable au profit de la masse, selon qu'elle a eu lieu dans un temps prohibé par la loi, ou légalement suspect de fraude (art. 446 et 447).

A cette complication radicale, il en accède bien d'autres *propemodùm infinitæ ;* c'est un vrai kaléidoscope.

Par exemple, le mode et les règles de la tradition varient :

Selon que la vente est celle d'un corps certain, ou d'un corps incertain; qu'elle est inconditionnelle, ou conditionnelle; à terme ou sans terme de livraison; que la chose est absente ou présente; en un lieu désigné, ou en cours de voyage; à l'entrepôt, ou déjà livrée à la consommation, ou que l'objet vendu est un navire francisé.

Ils varient encore suivant que la marchandise est de tel genre, ou de telle espèce, ou qu'elle doit être livrée *unâ transdatione*, ou par fractions successives.

Ajoutez à cela que la tradition ne s'accomplit pas par la seule convention ; qu'il y faut un fait, et que, au cas de faillite, ce fait, le plus multiple et le plus multiforme de tous les faits constitutifs de l'exécution d'un contrat, n'intéresse pas seulement les contractants; il intéresse encore plus le malheureux créancier.

Nous disions donc avec raison, t. 5, n° 18 : au point de vue de l'intérêt des tiers (*alii*), il existe, entre la tradition et le transport de la propriété, comme entre la propriété et la revendication, une connexion si intime, qu'on ne peut toucher à l'un de ces points sans réaction sur les autres.

Néanmoins, simplifions autant qu'il nous sera possible.

116. — A ne considérer que les contractants seuls, aucun d'eux n'étant failli, ce qui constitue la pleine exécution d'une vente, c'est le payement du prix tout entier et la tradition de la chose tout entière. Alors, pourvu que la tradition et le payement *durent* (1), il ne reste plus ni acheteur ni vendeur, ni action d'aucun côté; tout est consommé : *Hæ namquè sunt præstationes quibus tota vis et potestas actionum empti et venditi concluditur* (2). Or, c'est principalement au point de vue de l'acheteur et du vendeur non faillis, qu'il est traité de la tradition, t. 5, chap. 1er, où nous en avons enseigné les principes généraux qui trouveront ici plus d'une application. Mais nous l'envisageons maintenant au point de vue spécial de deux adversaires dont les graves intérêts sont presque toujours inconciliables, l'acheteur et la masse.

117. — Le jour du jugement déclaratif,

Ou la vente n'avait reçu aucune exécution de la part du vendeur, auquel cas, tantôt l'acheteur poursuit la délivrance, et tantôt revendique;

Ou il soutient qu'une parfaite exécution résulte d'un fait que le syndic ni l'autre partie ne conteste, mais dont l'un d'eux conteste l'efficacité;

Ou bien encore, *ex concessis*, le contrat n'est exécuté que d'une manière imparfaite;

Ou il est parfaitement exécuté.

Chacune des espèces dont l'examen va suivre rentrera toujours dans quelqu'une de ces hypothèses.

118. — Le 1er mai 1853, j'achète à Salomon, au prix de 6,000 fr., un parti de cuirs secs en vrac qu'il me montre dans son magasin, quai de la Fosse, à Nantes, 10,

(1) V. t. 5 n° 157. *Non videtur traditum quod non* durat *traditum, sicut nec solutum quod non* durat *solutum* (Faber, *ad leg.* 15, D., *De act. empt. et vend.*)

(2) Faber, ad. leg. 3, D., *De rescind. vend.*

côté nord, et pour 3,000 fr. un parti de cuirs verts, aussi en vrac, que je vois dans son même magasin, côté sud, lesquelles marchandises il m'assure être de provenance égyptienne. Convenu que je serai livré aussitôt les prix payés, ce qui aura lieu dans les dix premiers jours qui suivront celui du marché. Le 8, je veux enlever, en payant. Mais, dès la veille, Salomon était déclaré failli, et son magasin fermé. Trouvant un écoulement avantageux, j'offre les prix, et demande livraison. Réponses dilatoires du syndic. Les cours étaient au variable, mais avec tendance à la hausse. En conséquence, assignation par laquelle je conclus à ce que, au-dessus de mon offre de payer 6,000 fr. et 3,000 fr., il soit ordonné au syndic de livrer. *Interdùm*, le cours des cuirs verts étant venu en baisse de 20 pour 100, et celui des cuirs secs en hausse de 2 pour 100 avec chances de surhausse, tout en se refusant à me délivrer ceux-ci, il n'en conclut pas moins à ce qu'il me soit ordonné de prendre livraison des autres. Mon avocat s'indigne : Quoi, s'écrie-t-il, une perte à gagner aggravée par une perte sèche! et cela, quand mon client était chargé des risques! et l'on vient parler d'équité! Il persiste donc *avec confiance* (jamais on ne persiste autrement). Cependant, *attendu* l'incertitude des jugements humains et les caprices du cours, il conclut *très-subsidiairement* à ce que si, *par impossible*, etc., la vente des cuirs secs soit résolue dès à présent; et c'est ce que le tribunal a jugé par un jugement qui, en me déboutant de ma demande principale, accorde la sienne au syndic.

A-t-il été bien jugé?

Certes, il y aurait mal jugé s'il était vrai que la masse représente le failli, car, sans aucun doute, un *ayant-cause* est tenu *de remplir l'obligation de son auteur, quand le contrat est parfait sous le rapport du lien*. Or, mon double contrat n'était pas seulement parfait sous le rapport du lien; il l'était sous tous les rapports possibles, les deux ventes étant pures, les deux prix certains, les deux choses certaines et bien déterminées; en un mot, telle était la perfection de ce contrat, qu'il mettait la double chose à

mes risques, et mon avocat le disait avec raison. Mais, de la perfection du contrat il ne s'ensuivait pas que je fusse propriétaire. *Non nudis pactis dominia rerum transferuntur.* Les risques me regardaient parce que la vente était à terme de livraison, et que je ne pouvais plus, sans encourir des dommages-intérêts, disposer de la marchandise, en eussé-je trouvé un prix beaucoup plus avantageux, tenu que j'étais de la garder et conserver pour la livrer le jour convenu (1). Néanmoins, la double vente n'était pas consommée, *impleta*, comme dit Faber, complète, comme dit Domat, et je l'avouais moi-même en demandant la délivrance. — D'un autre côté, il n'est pas vrai que la masse *représente* le failli; sa faillite est son seul *ayant-cause*, et cet ayant-cause *sui generis* ne le représente qu'à son état d'insolvabilité (V. *suprà*, n[os] 76-81). Ne pouvant donc payer intégralement chacun de ses créanciers, elle n'en doit payer aucun que par des dividendes. Ainsi le veut l'égalité, cette première et majeure équité (V. *suprà*, n° 90). Conséquemment, il a été bien jugé sur le premier chef. C'est une application du principe formulé *suprà*, n° 118, d'après lequel « la chose « dont le vendeur failli n'a pas fait la tradition avant le « jugement déclaratif reste le gage commun de tous ses « créanciers. »

Bien jugé aussi sur le second chef; car, par la nature même de son double mandat, expliquée *suprà*, n° 73, d'administrer pour les créanciers, et de personnifier la faillite, être moral, ce n'est pas pour celle-ci que le syndic concluait ni pouvait conclure à ce que je fusse tenu de me livrer des cuirs verts. C'était au nom de la masse qui, capable de s'obliger, libre de commercer, et devenant ainsi prenant-cause du failli, offrait et devait offrir la chose dans son entier, ce qu'une faillite ne peut faire, *etiamsi velit* (V. *suprà*, n° 85).

(1) V. t. 1, n° 124. J'aurais encore répondu des risques, si j'eusse acheté sans terme de livraison. Pourquoi? Parce que la chose étant exigible *confestim*, il n'eût tenu qu'à moi d'être livré, *per me stetisset quominùs res traderetur,* ou de mettre en demeure, ce qui m'eût déchargé des risques.

La différence est à remarquer : Si l'inexécution de la vente des cuirs secs me fait préjudice, je n'ai d'action que contre la *faillite* pour mes dommages-intérêts, lesquels, s'il m'en est alloué, seront inscrits au passif pour subir la contribution au marc le franc avec les autres créances.

Au contraire, si la tradition des cuirs verts ne *dure* pas, par exemple, s'ils ont quelque vice caché, ou ne sont pas de la provenance promise, je fais rescinder cette tradition, non contre la faillite, qui ne me l'a ni faite, ni pu faire, mais contre les créanciers eux-mêmes, tous solidairement tenus de me rendre le prix, et, s'il y a lieu, de payer mes dommages-intérêts, parce que, s'étant spontanément mis à la place du failli en exerçant ses droits, ils le représentent solvable (V. *suprà*, nos 77, 78).

Sur le troisième chef la décision est également sans reproches.

Malgré les apparences de surhausse, le cours des cuirs secs qui gagnait 2 p. 100, pouvait, sous peu de jours, en perdre 15 ou 20. Le cours des marchandises est si variable. (V. t. 5, n° 149 !) Or, quand la clause résolutoire n'est que sous-entendue, le défaut d'exécuter n'opère pas, de plein droit, la résolution. Il faut qu'on la demande en justice (art. 1184 C. Nap.), et, tant que le contrat subsiste, il est dans les droits de la masse de forcer l'acheteur à se livrer, bien qu'il n'ait pas le droit de forcer la délivrance. N'y ayant donc plus égalité de droits et de devoirs, premier fondement de la justice commutative, c'est avec raison que le jugement a résolu la vente des cuirs secs.

Par la même raison, quand aucun procès n'existe, et que l'acheteur veut se mettre à l'abri des versatilités du cours, il doit sommer la masse (nous ne disons pas la *faillite*), en la personne du syndic, d'opter incontinent entre la résolution et l'exécution. Mais, si l'option n'est pas déclarée, sommer ne suffit pas; il faut opter soi-même, et assigner. Jusqu'à ce temps, le syndic peut, à bon droit, exiger que le prix soit payé, et la chose enlevée (V. t. 4, n° 277).

119. — 1er novembre 1808, vente par La Rue à Peyramont de 36 toises de bois de chauffage, au prix de 70 fr. l'une, à prendre, est-il dit dans le billet de vente, « sur la totalité des bois actuellement en la possession du « vendeur, et notamment sur tous les bois que celui-ci « avait achetés de Chabanon, et qui se trouvaient, le « même jour, dans les chantiers du port de Sauviat. »

Un délai de quatre mois pour livrer est stipulé par La Rue.

« Convenu, néanmoins, que la propriété des 36 toises « est, dès à présent, acquise à Peyramont, et que La Rue « s'en reconnaît désormais simple *conducteur* et dépo- « sitaire. »

Au terme (1er mars), ni délivrance, ni mise en demeure.

L'incurie de Peyramont (qui avait payé d'avance) se prolonge, et La Rue en profite pour vendre à Dessales une partie des bois de Sauviat. Très-peu de jours après, il est déclaré failli, et n'en vend pas moins le reste à Baignoles.

Non-seulement, il leur vend; il leur livre.

Alors enfin, Peyramont se réveille; il revendique contre les seconds acheteurs leurs prix d'achat qu'ils n'avaient pas encore payés, et met le syndic en cause.

On lui répond : Vous n'avez acheté rien de certain, car on vous a vendu à tant la mesure; et, avant la faillite, point de mesurage, ni de mise en demeure de mesurer. Vous n'êtes donc que créancier (art. 1585).

Vous vous trompez, répondait Peyramont, car l'objet de la vente était certain. Il l'était par son espèce (bois de chauffage), par sa quotité (36 toises), et par le lieu où étaient les bois dans lesquels le bois vendu devait être pris. Dans votre propre système, je suis donc propriétaire.

Mais, en outre, ce système est faux. L'art. 1583 ne fait nullement la distinction que vous faites entre la marchandise, corps certain, et la marchandise, corps incertain. Dans l'un ou l'autre cas, la propriété est acquise à l'acheteur dès que l'on est convenu de la chose et du prix.

Accueillie par le premier juge, cette défense obtient le même succès en appel :

« Attendu, dit la Cour de Limoges, que le sieur Pey-« ramont, en vertu et par la force même du contrat de « vente, était propriétaire incommutable des 36 toises de « bois, et que, si ces bois devaient demeurer encore quel-« que temps entre les mains de La Rue, ce n'était plus que « comme conducteur et dépositaire; et que celui-ci, de « son côté, qui n'avait plus la propriété de ces 36 toises, « n'a pu transmettre (*à Dessales et Baignoles*) cette pro-« priété dont il était dépouillé; que, dans tous les cas. il « était toujours débiteur de cette quantité; et obligé de « la livrer sur tous les bois dont il était propriétaire, etc. »

Pourvoi en cassation de la part du syndic (1).

Trois moyens : violation de l'art. 1585 du Code Napoléon; fausse application de l'art 1583 du même Code; violation de l'art. 580 du Code de commerce.

11 novembre 1812, après un long délibéré en la chambre du conseil, et, contrairement aux conclusions du ministère public, arrêt ainsi conçu :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1583 du Code Na-« poléon, la vente est parfaite entre les parties, et la « propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du « vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, « quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix « payé; que si l'art. 1585 dispose que la vente n'est « point parfaite dans le cas où la marchandise est vendue « à la mesure, jusqu'à ce qu'elle soit mesurée, il explique « que c'est en ce sens que la chose vendue est aux risques « du vendeur, et il précise que l'acheteur peut demander « la délivrance, ou des dommages-intérêts, faute d'exé-« cution. Que conséquemment, loin de déroger au prin-« cipe général établi par l'art. 1583, il le confirme en « décidant que, même en ce cas, la vente est parfaite à « tous autres égards que les risques;

(1) Dessales et Baignoles se le tinrent pour dit. L'un avait acheté depuis la déclaration de faillite; l'autre, dans les dix jours précédents.

« Attendu que, d'après les dispositions de l'art. 581 du « Code de commerce (l'ancien Code), le propriétaire de « marchandises déposées en main du failli peut les re- « vendiquer en nature, si elles existent, ou le prix encore « dû, si elles ont été vendues ;

« La Cour rejette..... »

Il a donc été jugé :

1° Que, dans le droit des faillites, comme en matière civile, la propriété se transmet par le seul effet de l'obligation ;

2° Que, par le même effet, le vendeur se métamorphose immédiatement en dépositaire ;

3° Et qu'il en est ainsi, alors même que la vente est faite à la mesure.

Autant de décisions, autant d'erreurs.

D'abord, quant à la transmission *de droit*, laquelle impliquerait un dépôt immédiat, ce système, dont nous avons si souvent démontré la fausseté, ayant été condamné par cette loi après de longues et savantes discussions, inutile d'y revenir. Il y a chose jugée législativement. Selon le droit des faillites, *la propriété se transmet par la tradition*, et ne se transmet pas sans la tradition.

Mais, à part ce complément indispensable du contrat, il a toujours été fait, même dans le droit civil, entre la vente d'un corps certain et celle de choses à mesurer, une distinction dont la première conséquence est la plus grave de toutes, principalement en matière de faillite : la tradition virtuelle, aussi efficace que la tradition effective (1), est impossible ou posssible, selon que la chose vendue est un corps incertain, ou un corps certain. Si donc la chose vendue à la mesure peut devenir corps certain avant le mesurage, il pourra s'en opérer une tradition virtuelle, et le prétendu dépôt n'est pas autre chose ; car, en général, la tradition virtuelle n'est que l'interversion de la possession du vendeur qui n'a pas matériellement livré, *mutatio causæ possessionis*. Or, dans le commerce, la plupart des ventes, et, comparativement, presque toutes, sont des ventes à la

(1) V. *suprà*, n° 89, al. 3, et t. 5, chap. 1, § 1.

mesure, au compte ou au poids. Quelle vaste exploitation pour la mauvaise foi ! Quelle *facilitation* de la banqueroute frauduleuse! Quelle facilité de traiter certains créanciers plus favorablement que les autres!

Mais, laissant ces considérations spéciales au commerce, nous posons en principe que, dans le droit civil lui-même, quelque bien désignée que puisse être une quantité de choses dont une partie est vendue au compte, au poids ou à la mesure, la propriété de cette partie ne peut être transmise, qu'on n'en ait fait le poids, la mesure et le compte. Jusqu'à ce temps, *nondùm apparet quid venierit* (V. t. 4, nos 116 et 117).

C'est une vérité mise en évidence par M. Troplong dans son commentaire sur l'art. 1585 (1). Cette vérité, il la démontre, et par le raisonnement, et par un compte rendu de l'élaboration législative d'où sortit l'art. 1585, enfin, par l'explication décisive qu'en avaient donnée MM. Faure et Grenier, le premier devant le Tribunat, le second au Corps législatif.

.... « Dans la vente au compte, à la mesure, « au poids, disait M. Faure, l'acheteur NE PEUT DEVENIR « propriétaire des marchandises, *que* lorsqu'elles auront « été pesées, comptées, ou mesurées. Car jusque-là rien « n'est déterminé, et, tant qu'il n'y a rien de déterminé, « les marchandises restent aux risques du vendeur. *C'est* « *sous ce point de vue que la vente n'est pas parfaite...* »

C'est dire en d'autres termes : La vente dont il est parlé dans l'art. 1585 n'est parfaite que sous le rapport du lien. Il en résulte seulement une action réciproque pour forcer le vendeur à livrer, et l'acheteur à se livrer.

« La raison de cette distinction (entre le cas où il y a « transmission de la propriété et ceux où il n'y en a pas), « disait M. Grenier, est que, dans le cas où la vente est « parfaite par le seul consentement, la chose vendue est « la *propriété* de l'acquéreur, et dès lors elle est à ses

(1) Dans l'impossibilité où nous sommes de transcrire *in extenso* cette excellente dissertation, et ne voulant pas la mutiler, nous y renvoyons le lecteur.

« risques d'après la règle si connue *res perit domino ;* au « lieu que lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on « ne peut pas la considérer comme accomplie, *impleta,* « *sans le secours de quelques circonstances*, la chose ven- « due est au risque du vendeur, de sorte que, si elle pé- « rit, c'est pour le vendeur, *qui n'est pas encore dessaisi* « *de la propriété.* »

C'est comme si l'on disait : A la différence du droit commercial, le Code Napoléon ne reconnaît qu'une vente proprement dite, celle qui transmet *sur-le-champ* le risque et la propriété. Si donc l'on voit le mot *vente* dans l'art. 1585, c'est que la langue n'en fournit aucun autre pour exprimer une convention qui, n'étant pas encore vente, le deviendra par le mesurage, etc., et n'a pas de nom pour le temps intermédiaire. Il ne faut pas toujours conclure de l'identité des mots à l'identité des choses. *Naturâ constitutum est ut plura sint negotia quàm verba.*

Maintenant, comment se fait-il que M. Troplong, qui démontre si bien le vice de l'arrêt du 11 octobre 1812, soutienne néanmoins que la cause de Peyramont était juste et bien fondée en droit? En voici la raison :

« Les contractants, dit ce savant jurisconsulte, avaient « stipulé que la propriété serait acquise (à Peyramont) « par la vente, nonobstant le défaut de mesurage; et, par « argument de la loi 10, D., *De peric. et comm. rei vend.*, « on peut croire qu'une telle stipulation n'a rien de pro- « hibé.

« Mais en admettant que la convention des parties ne « pouvait pas déroger au droit, et que la vente était im- « parfaite sous le rapport de la transmission de la pro- « priété, que pouvait-il en résulter? Rien absolument ; « car il fallait toujours en revenir à ce point, savoir, que « la vente était parfaite sous le rapport du lien, et que, « par conséquent, *La Rue ou ses représentants devaient en* « *accomplir les clauses.* C'est ce qu'avait jugé la Cour de « Limoges.

« La seule question du procès était donc de savoir si la « faillite s'opposait à l'accomplissement de la condition ;

« question dont la solution devait évidemment tourner « contre les syndics.

« Eh bien! c'est précisément ce point dont la Cour de « cassation ne s'est pas occupée... »

Une pétition de principe nous semble la base unique de ce raisonnement. La majeure suppose que le mesurage est la *condition suspensive* d'une vente à la mesure, et ceci est une erreur. On en a vu la preuve, t. 4, n° 121. L'argumentation s'évanouit donc.

D'un autre côté, comme le disait très-bien l'avocat général Daniels qui portait la parole en chambre des requêtes dans l'affaire Peyramont : « Il suffit de savoir ce « que c'est que le droit de propriété pour comprendre que « les dispositions de l'art. 1583 ne sont pas applicables à « toutes les ventes indistinctement... Cet article sup- « pose qu'on est convenu de la chose et du prix. Or, on « n'est pas convenu de la chose à l'effet d'en pouvoir « transmettre la propriété, avant que cette chose soit me- « surée, » *comptée* ou *pesée.*

Jusqu'à ce temps, en effet, comment distinguer les 100 mètres de calicot que je dois enlever d'une plus grande quantité de la même espèce, en votre magasin de la rue Coq-Héron, et qui, avec les 100 mètres vendus, constituent une entité concrète? Les 3,000 sangsues que vous m'avez achetées à prendre dans mon réservoir de Keremma? Les 3,000 kilog. café moka, que je dois retirer de vos autres moka? On ne le peut pas plus qu'un cohéritier ne peut dire, avant le partage, où est sa part de l'hérédité commune.

Enfin, et très-heureusement, la volonté de l'homme est impuissante contre la nature des choses. Or, par la nature des choses, la seule volonté, *nuda conventio,* ne peut pas plus rendre certaine une quantité à prendre dans une autre et plus grande quantité, qu'il ne lui serait possible de faire une vente sans prix ou sans chose, une assurance sans prime ou sans risques.

Quant à la loi romaine, elle n'a trait qu'à la vente véritablement conditionnelle : *Si in venditione conditionali*, dit Ulpien, *hoc ipsum convenisset*, *ut res periculo*

emptoris servaretur, puto pactum valere. Mais le sens de cette loi ne conclut pas des risques à la propriété; ce n'est pas la vente qui les impose à l'acheteur, c'est le pacte.

Maintenant, rappelons-nous que la vente était toute commerciale (1), car ce n'était pas pour se chauffer dans l'hiver de 1808, que Peyramont avait acheté 1,296 pieds cubes de bois à brûler. Or, selon le droit marchand, conforme, en ce point, au droit romain qui l'est au droit naturel, de même que la seule volonté ne peut rendre certain et déterminé un corps incertain et indéterminé, de même elle ne suffit pas à transférer la propriété. J'aurai beau déclarer dans la convention même que je vous fais propriétaire, dès à présent, de mon cheval gris que je vous vends en ce moment, je n'en reste pas moins le propriétaire : *Convenerit ut is fundus quem mihi vendebas, jam nunc meus esset, non ideò fiet meus et si in negotio gerendo convenerit, undè nec eum rem vindicare posse placuit* (Don. ad leg. 20, tit. 2, *De pact.*). Le lien qui m'unit à ma propriété ne peut être rompu sans un fait de ma part : *Quod meum est, sine facto meo meum esse desinere non potest.* Que cette garantie de la loi naturelle soit toujours respectée, et l'on n'aura que faire de ces garanties constitutionnelles qui paraissent et disparaissent.

Ce fait, c'est la tradition, *translatio plenæ in rem potestatis;* c'est la délivrance (art. 1604 C. Nap.), sans laquelle la propriété *ne serait qu'un droit abstrait et stérile* (M. Troplong, *Vente*, n° 266), c'est-à-dire, qu'un mot vide de sens. Que signifie, en effet, une propriété sans chose?

Or, mesurer, c'est livrer, et la volonté ne suffit pas à mesurer. Il faut que la main agisse, non moins que pour peser et compter. *Traditio est facti, non juris et voluntatis.* Si, quand vous me vendez 20,000 kilogr. de tel riz, livrables dans un mois sur le quai de Concarneau, nous pouvons convenir valablement que, dès à présent, je suis

(1) On ne s'en douterait pas, à voir, dans les recueils, de quelle manière fut présentée la défense du syndic.

livré, quoique non livré; tout aussi bien pourrions-nous convenir que, quoique non payé, vous l'êtes; et alors, qu'aurions-nous fait? De toutes les conventions humaines, la plus difficile à dénommer; car la difficulté d'imposer une dénomination à un contrat innomé naît seulement de ce qu'il est multiple, et, dans notre hypothèse, plus grande est la difficulté. La chose est absolument impossible, vu qu'il n'existe aucun contrat; *nil actum dicitur*. L'homme stipule en vain contre la nature des choses.

De vous à moi, *et vice versâ*, ce dont nous sommes convenus n'est donc qu'un jeu d'enfants. Mais, si vous venez à faillir, de moi à vos créanciers, et réciproquement, *hæ nugæ in seria ducent*. Qu'à l'exemple de la Cour de Limoges, les autres Cours de l'empire autorisent des stipulations pareilles à la stipulation de Peyramont, quel acheteur manquera jamais de stipuler comme lui? Le moins avisé s'en avisera, parce que, dans le monde commercial, on ne sait non plus *ni qui vit, ni qui meurt;* tel y paraît riche qui est pauvre : *Mercatores interdùm videntur divites, licèt reverâ sint pauperes, et sunt semper in statu proximo decoquendi* (Casareg., Disc. 76, n° 7, et Disc. 54, n° 28). Chaque acheteur pouvant donc, *à priori*, se créer conventionnellement un droit de revendication qu'il ne trouverait pas dans la loi, que restera-t-il de l'actif pour ceux qui, par compte courant, par des négociations de papiers, des avances ou de toute autre manière, ont fait crédit *à la personne* du failli, et que devient la suspicion légale des dix jours, art. 447?

En résultat, les créanciers du vendeur La Rue ne furent pas heureux. Ils perdirent partout un procès également *imperdable* et selon le droit civil et selon le droit commercial.

120. — En novembre 1852, Raulin achète à Lafforgue, son beau-frère, 150,000 kilog. d'avoine, à raison de 14 fr. les 100 kilog., livrables fin de décembre, et le 21, les clefs des trois greniers où les avoines étaient déposées lui sont remises contre le payement du prix entier.

Plus de dix jours après, Lafforgue est déclaré failli.

Le syndic réclame les clefs. Il les trouve aux mains de Raulin qui les refuse, et, sur ce refus, apposition des scellés.

Raulin assigne en mainlevée; le syndic résiste, et la contestation s'engage sur cette demande qui en impliquait une en revendication.

Passant sous silence tout ce qui n'a pas trait au seul point de droit que nous avons à examiner, nous nous bornons à dire que le tribunal s'est déclaré convaincu de la bonne foi de l'acheteur et du vendeur.

Mais l'achat fait de bonne foi et le payement du prix ne suffisent pas à rendre propriétaire (V. *suprà*, n° 4, *in notis*). Or, c'est le droit même de propriété que le syndic contestait à Raulin.

Les motifs du jugement sur ce point capital, et les courtes observations dont ils seront l'objet, feront connaître au lecteur les raisons pour et contre, et le mettront à lieu de les apprécier.

« Considérant que la vente est parfaite, comme obliga-
« tion entre les parties, dès qu'elles sont convenues de la
« chose et du prix ; mais que, pour le transport de la pro-
« priété, il faut, en droit commercial, la tradition en outre
« du consentement. »

Ce *considérant* fait voir que le demandeur se disait propriétaire par la seule force et vertu de l'art. 1583 du Code Napoléon. Aussi ne manquait-il pas d'invoquer, avec l'arrêt Peyramont dont il vient d'être parlé, le sentiment conforme de M. Duvergier (1), de M. Duranton (2), de Merlin (3), etc. Mais les juges consulaires de Rennes sont des magistrats trop versés dans le droit des faillites, et malheureusement trop habitués à en faire l'application, pour y introduire un système qui n'arriverait à rien moins qu'à favoriser la fraude, et à tuer le crédit *à la personne*. Or, quoi de plus funeste (4)!

(1) *Contin.* de Toullier, t. 16, n°s 81 et suiv.
(2) T. 16, p. 92.
(3) *Rép.*, v° *Vente*, § 4.
(4) V. *suprà*, n° 70, *in notis*.

Cette question jugée, il en restait une autre, *et hæc erat summa rei* : Y avait-il eu tradition ?

« Considérant, continue le tribunal, que, par la remise « des clefs, Raulin acquérait la libre disposition de l'a-« voine à lui vendue, tout en conservant la faculté de vé-« rifier lui-même ou par des mesureurs jurés la quantité « annoncée, et sauf à réclamer, en cas de manquant, sans « que de cette réserve, qui est de droit et d'usage, il ré-« sultât que la quantité fût moins déterminée.

« Considérant que ce mode de livraison est d'usage ha-« bituel parmi les marchands de grains ; qu'il est appris « que le sieur Raulin ayant revendu cette avoine, le 16 fé-« vrier, son acheteur a stipulé également que les clefs des « greniers seraient remises au banquier qu'il chargeait de « lui verser des fonds ; que cet usage est d'ailleurs ration-« nel, et nécessaire pour épargner un double déchet et de « doubles frais qu'on aurait à subir, s'il fallait mesurer à « chaque vente, et puisque le mesurage exigerait un ma-« gasin de plus pour y transférer les grains au fur et à « mesure.

. . . .

« Considérant que, quelle que soit la faveur qui entoure « les intérêts de la masse d'une faillite, la loi et l'équité « voulant un sort commun pour tous les créanciers, ces « intérêts ne sauraient prévaloir contre le droit établi... »

On aperçoit clairement quelle était la défense du syndic, par les motifs précis et concis qui en sont la réfutation.

Le syndic disait donc : Les avoines n'ont pas changé de maître, car la remise des clefs n'est une tradition que si la marchandise est telle qu'on ne puisse la confondre avec aucune autre de la même espèce. S'il reste à faire quelque chose pour l'individualiser, elle n'est pas un corps certain. Or, la clef d'un grenier ne saurait dire à personne combien de kilogrammes d'avoine ce grenier renferme. On ne peut le savoir que par le mesurage. La remise des clefs est donc un fait insuffisant, inefficace.

L'usage dont on parle serait un usage introduit contre la nature des choses. Un pacte exprès par lequel on sti-

pule ce qui ne peut exister, *quod non potest stare secundùm rerum naturam*, est de toute nullité, à l'égard même des contractants. *Impossibilium nulla est obligatio.* Comment l'usage, convention tacite, aurait-il la vertu de rendre effectif, à l'égard de leurs créanciers, ce qui est impossible entre eux?

Or, la loi d'égalité exige que la revendication soit jugée selon le droit le plus strict (V. *suprà*, n° 90).

On vient de voir la réponse du juge. Cette réponse est toute péremptoire, et pourtant elle énonce une proposition inexacte, en disant que Raulin avait pu se réserver la faculté de mesurer, sans qu'il en résultât *que la quantité fût moins déterminée.* Il fallait dire *sans qu'il en résultât que le marché fût de nul effet*, car, jusqu'à certaines limites, le manquant n'inficie pas un marché; seulement, il y a lieu de parfaire la quantité, ou de distraire du prix. Mais, y avait-il ou n'y avait-il pas du manquant ou de l'excédant? Le seul moyen de s'en assurer était le mesurage, et l'ignorance de ce fait, en rendant la chose corps incertain, rendait la tradition incomplète. La remise des clefs n'est une tradition achevée que si la marchandise est corps certain, *v. g.*, vendue en bloc ou à la boulevue, et ce n'est pas sans raison que le syndic le disait.

Mais, si la remise des clefs était un fait insuffisant, ce n'était pas un fait indifférent. Effectivement, la possession des clefs mettait la chose en la puissance de Raulin, en ce sens, que nul, malgré lui, ne pouvait l'enlever, l'augmenter, ni la diminuer. Il y avait donc tradition grandement commencée, le mesurage ne pouvant plus avoir d'autre but que celui de déterminer la quotité du prix. Or, quand la tradition en est à ce point, l'usage supplée à ce que, selon la rigueur du droit, elle aurait d'imparfait pour transmettre la propriété.

Cet usage n'est pas nouveau. Casaregis nous l'atteste en ces termes : *Quandò mensuratio et ponderatio ad nihil aliud requiritur quàm ad declarandam integram pretii quantitatem, quod, quamvis implicitè, vel in se ipso sit certum, explicitè tamen haberi nequit sine tali mensuratione aut ponderatione..... absque mensuratione vel*

ponderatione transferri potest rei dominium in alium (Disc. 137, n° 7).

C'est précisément dans ces conditions que se trouvait l'achat de Raulin. Le prix était certain *in se ipso*, puisqu'il avait acheté à 14 fr. les 100 kilog. ; et, vu surtout la remise des clefs, il ne restait plus qu'à le déterminer explicitement par le mesurage, *integra pretii quantitas declaranda*. D'un autre côté, il suffit de lire les *considérants* ci-dessus transcrits, pour voir que l'usage attesté par le jugement a toutes les qualités pour qu'un usage soit loi, et même, en certains cas, pour qu'il soit au-dessus de la loi (V. t. 1, n° 262 et suiv.).

En déclarant Raulin propriétaire, le tribunal de commerce de Rennes a donc fait une très-juste application du droit commercial (V. t. 4, n° 9-12).

Cependant, *in apicibus juris*, il n'eût pas été facile de renverser l'argumentation du syndic. Il y a plus, nous croyons la chose impossible. Mais ce n'est pas ainsi que l'on juge en juridiction consulaire. L'usage y est tout-puissant dès qu'il est conforme à l'intérêt du commerce, et souvent il serait contraire à cet intérêt (le jugement le démontre) que la propriété ne pût pas être transmise avant le mesurage, etc...., quand cette opération n'a pour but que de déterminer le *quantùm* d'un prix déjà certain en soi. La tradition elle-même n'est pas exigée dans un autre intérêt que celui du commerce ; or, le droit introduit dans son seul intérêt ne doit jamais tourner à son préjudice : *Quæ in favorem alicujus inducta sunt, in ejus odium retorqueri non debent* (Casareg., Disc. 135, n° 29).

Une autre preuve de la sagesse du tribunal, c'est lorsqu'il pose en principe que si la loi d'égalité rend la masse favorable, il ne serait pas rationnel que cette faveur prévalût *contre le droit établi* (V. *suprà*, n° 91), ce qui signifie : Le revendiquant doit prouver d'une manière exclusive de tout doute qu'il est propriétaire (V. *suprà*, n° 89, al. 10) : *Dominium mercium concludentissimè probandum est in judicio, vel actione rei vindicatione* (Casareg., Disc. 116, n° 25). Cette preuve faite, *suum cuique*.

121. — Par deux actes authentiques du 1er mai 1853, je vends à Jacques, au prix de 24,000 fr., dont 12,000 payés à valoir, l'établissement de presses à sardines (matériel et accessoires), que j'exploite dans des édifices dépendants de sa maison sise à Concarneau, rue de la Rogue, 13, et à Salomon, aussi pour 24,000 fr., mon *steamer* caboteur, le *Saint-Pierre*, domicilié au port de la même ville, et actuellement amarré à quai, sous la condition, résolutoire pour l'établissement, et suspensive pour le navire, *si, avant le 1er novembre prochain, l'Empereur vient à Lorient, inaugurer le service de nos transports transatlantiques.*

Convenu avec Jacques que je retiens l'exploitation à louage, pour un prix déterminé à tant par jour, jusqu'à ce que la condition s'accomplisse, ou qu'il soit devenn certain qu'elle ne s'accomplira pas.

Quant à Salomon, il vient à bord avec moi prendre possession du steamer, et, pour cela, les notaires dressent un état dans lequel nous reconnaissons réciproquement avoir reçu, lui, l'acte de francisation, moi, la moitié du prix, soit 12,000 fr.

Enfin, le 15, toujours par acte authentique, je vends au même Salomon, qui en prend possession de la même manière, mes deux bateaux-pêcheurs, le *Merlan* et le *Requin*, aussi du port de Concarneau, avec leurs agrès et apparaux, pour 4,000 fr. payés comptant.

Le 25 août, jugement consulaire qui me déclare en faillite;

Et le 30, la condition à double effet s'accomplit avec le résultat naturel d'augmenter considérablement la valeur vénale des choses vendues.

Jacques, voyant son achat résolu, fait assigner le syndic, et lui demande la restitution des 12,000 fr. que j'ai reçus, aux offres de rétrocéder à la faillite la possession de l'établissement, à titre de propriétaire;

Et, de son côté, le syndic revendique à la fois le *Saint-Pierre* et les deux bateaux pêcheurs.

Ma demande est toute simple, dit Jacques. La condition résolutoire s'étant accomplie, nous sommes récipro-

quement tenus de nous remettre *au même état que si l'obligation n'avait pas existé* (art. 1183 C. Nap.); et que faut-il pour cela? La restitution ou rétrotradition de ce que chacun de nous a reçu de l'autre. Or, dès que mes 12,000 fr. me seront restitués, la restitution qui m'incombe se trouvera toute faite; car, d'une tradition virtuelle, il ne peut être fait qu'une rétrotradition virtuelle qui, de ma part, consistera dans ma volonté exprimée de rendre à mon locataire sa possession primitive de propriétaire. Mais, bien entendu, je n'aurai cette volonté que si les 12,000 fr. me sont rendus.

A qui vos conclusions s'adressent-elles? dit le syndic.

Si c'est à la faillite, qui représente le failli, et que je personnifie (*suprà*, n° 85), vous savez, ou devez savoir que, vu l'impossibilité de payer intégralement chacun de ses créanciers, elle n'en doit payer aucun de cette manière.

Si c'est à la masse, dont je suis le mandataire pour la gestion de sa créance collective (*suprà*, n° 70), j'ai à répondre que, la masse n'étant ni ne s'étant faite ayant-cause du failli, vous n'avez rien à lui demander (*suprà*, n° 76). Si les chirographaires, au nombre desquels vous vous trouvez, étaient tenus de vous rendre indemne, vous auriez à leur égard une obligation réciproque, ce qui vous placerait au même état que si vous eussiez commencé par demander votre admission au passif, seule chose que vous ayez à faire.

Sur ces moyens respectifs, *quid juris?*

Au premier aspect, on dirait que le syndic a raison, car les principes qu'il invoque sont très-vrais. Mais l'application qu'il en fait est très-fausse.

Lorsqu'un failli m'a vendu et livré, sous une condition résolutoire qui est venue à s'accomplir, *v. g.*, son cheval blanc dont je lui ai payé le prix, et que le syndic me redemande le cheval au nom de la faillite ou de la masse, peu importe, il doit m'offrir le prix, *et vice versâ*, si je prends l'initiative; car peu importe encore qui commence; dans l'un et l'autre cas, le droit est le même.

La raison de tout cela est sensible : la vente contractée

sous une condition résolutoire est très-certainement une vente parfaite, et la nôtre est plus que parfaite; elle est consommée, *impleta*, puisque le prix est payé, et la chose livrée. Mais la résolution, convention très-différente de la vente, est soumise à une condition suspensive dont l'effet rétroactif, aussitôt qu'elle existe, anéantit si bien l'obligation conventionnelle, que cette obligation *est censée n'avoir pas existé.* L'action ne naît donc ici d'aucun contrat, car nulle action ne peut naître d'une obligation qui n'existe pas, qui n'exista jamais. C'est donc positivement comme s'il n'y avait eu ni achat, ni vente.

Mais *facta pro infectis haberi non possunt.* Si l'événement de la condition peut résoudre le contrat, il n'est pas de fiction qui ne soit impuissante à résoudre le double fait en présence duquel la résolution nous laisse : l'un, que j'ai reçu du failli une tradition sans titre, laquelle est nulle (*suprà*, n° 89, al. 4) ; l'autre, que je lui ai fait un payement sans cause, qui n'est pas moins nul; chacun de nous a donc payé ce qu'il ne devait pas, et, par suite, il y a lieu à répétition des deux côtés.

C'est de ce droit réciproque que naît notre action mutuelle (1), et, dès lors, la restitution que l'on doit, est la con-

(1) On sait que M. Toullier explique d'une autre manière l'effet de la condition résolutoire accomplie : « Remarquez, dit ce jurisconsulte (t. 6, n° 564), que l'art. 1183 dit que l'*obligation* est résolue, « mais qu'il ne dit pas que le *contrat* soit résolu. Il reste dans toute « sa force pour obliger les contractants à remplir les engagements « qui naissent de la résolution des premières obligations. »

....

« N° 566. — Les contractants ont donc, pour les faire exécuter, « l'action qui naît du contrat, *actio ex contractu.* »

Cette distinction nous semble une subtilité. Le Code Napoléon ne la fait nulle part, et, loin de la faire, il se sert constamment du mot *contrat* et des mots *obligations conventionnelles*, comme d'expressions synonymes (V. la rubrique du tit. 3, liv. 3). Ajoutons que la distinction a le double défaut d'être tout à fait inutile, et de n'être pas sans inconvénients.

Le vendeur est censé n'avoir pas un seul instant cessé d'être propriétaire et possesseur. M. Toullier l'enseigne lui-même La première conséquence de cette fiction légale, la plus prochaine de toutes ses conséquences, c'est que je n'eus jamais de titre à la tradition que le failli m'a faite de son cheval blanc, ni lui au prix qu'il a reçu. Nous avons donc, l'un et l'autre, payé ce qui n'était pas dû. Or, dit

dition nécessaire de la restitution qu'on demande. Or, faillite ou non, la restitution doit être intégrale. Nul autre moyen possible de *remettre les choses au même état*, etc. ; car rien ne pourra faire qu'on ait restitué ce que l'on garde ou qu'on garde en partie. Par conséquent, aussi longtemps que le syndic ne m'offre pas le prix entier, je retiens le cheval *quodam jure pignoris*. Notre position respective a quelque analogie avec le cas où je l'eusse vendu au failli qui ne m'en aurait pas payé le prix. Je ne suis pas simple créancier. Je suis, en quelque sorte, possesseur d'un gage, et ce gage, je le retiendrai tant que le prix ne m'aura pas été rendu.

Au fond des choses, cette espèce ne diffère en rien de la vente que j'ai faite à Jacques. Dans l'une, il est vrai, la chose a été livrée matériellement, et elle ne l'a été dans l'autre que par une interversion de ma possession. Mais, à l'égard des parties, de leurs créanciers et ayants-cause, la tradition virtuelle ou quasi-tradition, produit, en tout sens, le même effet que la tradition effective. Ce principe rappelé *suprà*, n° 89, al. 3, on en a vu la preuve et la raison, t. 5, n° 15.

Il faut donc que la faillite (1) ou la masse restitue à

l'art. 1235 : « Tout payement suppose une dette; ce qui a été payé « sans être dû est sujet à répétition. » Que faut-il de plus pour *remettre les choses au même état*, etc...? L'action est donnée par la loi elle-même.

Pour suivre la doctrine de Toullier dans ses conséquences, il faut admettre deux ventes : la vente résolue, et une rétrovente sous une condition suspensive, système dans lequel la chose qui viendrait à périr *pendente conditione*, périrait pour l'acheteur sous condition résolutoire, ce qui n'est pas vrai, et ne serait pas juste.

Le mode d'agir *ex contractu*, que Toullier enseigne, c'est de procéder par voie de *commandement*, *saisie*, etc., quand l'acte est authentique et emporte *exécution parée*. Cette marche, que la loi n'a pas tracée pour les suites d'un contrat résolu (car il n'y en pas deux), peut paraître sujette à bien des inconvénients. Mais nous n'avons pas à nous en occuper, une pareille procédure étant évidemment impraticable, et même formellement interdite en matière de faillite.

(1) Ce qui fait que la *faillite* peut et doit, en cette occurrence, restituer en entier l'à-compte que le failli a reçu, c'est que le syndic ne sort point, en ceci, des limites de la liquidation qui lui est confiée. L'usine a été vendue 24,000 fr., et l'événement de la condition en

Jacques les 12,000 fr. qu'il a comptés au failli. Jusqu'à ce temps, Jacques reste *in statu quo*; et, si l'on persiste à refuser la restitution qu'il demande, le bail étant fini, il revendique à bon droit, et force ainsi la restitution. C'est une conséquence de l'art. 1183 lui-même; car, si cette loi feint que le vendeur n'a pas cessé un instant d'être propriétaire, elle l'oblige, en même temps, à restituer ce qu'il a reçu. Ce n'est donc, à bien dire, qu'une fiction conditionnelle qui n'opère son effet d'une manière complète que quand la restitution s'est opérée, *utrinquè*.

Sur les autres prestations que les parties peuvent s'entre-devoir suivant les circonstances, V. t. 4, n[os] 297 et suiv.

122. — Voyons la revendication des navires.

Ma triple demande, dit le syndic, est fondée sur deux raisons également péremptoires.

Quant au *Saint-Pierre*, Salomon n'a pas fait transcrire en douane, et pourtant c'était une nécessité. Le *Traité du Droit Commercial* le dit formellement, et le prouve, t. 5, n[os] 87 et 88.

Pour ce qui est des bateaux, la formalité a été remplie. Mais quand? Le lendemain du jugement déclaratif. Or, dès la veille, « nul ne pouvait plus valablement rien « faire par rapport au failli, qui fût de nature à modifier « en rien sa situation active ou passive» (V. *suprà*, n[os] 66 et 67). Cependant, qui m'achète un navire *francisé* n'est incommutablement investi de la propriété qu'autant qu'il ait observé le prescrit de la loi de vendémiaire an II. La raison en est évidente : pour que je cesse d'être propriétaire, il faut que mon acheteur le devienne. Or, il ne peut le devenir sans la transcription en douane.

J'ajoute, en fait, que des quarante-deux créanciers dont jusqu'à présent la masse se compose, il en est au moins la

a peut-être doublé la valeur. En rendant les 12,000 fr., le syndic dégrève de cette charge et fait rentrer dans l'actif une chose qui vaut évidemment beaucoup plus. Or, ce n'est pas là spéculer plus ou moins aventureusement, ce qu'une faillite ne peut faire. C'est *liquider*.

moitié qui n'ont fait crédit au failli, que depuis les ventes qu'ils ignoraient, et après s'être assurés au bureau principal qu'il ne s'y était opéré aucune mutation des navires.

Parlons d'abord des bateaux, répond Salomon.

De vos deux propositions, j'en concède une, et je nie l'autre.

Que les droits de tous soient invariablement fixés dans l'état où ils étaient la veille du jugement déclaratif, qui pense à le nier? Loin de contredire le principe, je l'invoque. Ce que je conteste, c'est la nécessité de la transcription en douane.

Le contraire est enseigné par les auteurs du *Traité du Droit Commercial*. Je le savais de reste. Ces messieurs se sont fait des idées à part sur le droit des faillites. Il ne leur coûte même pas de s'insurger contre l'enseignement universel! Par exemple, ils vous soutiendront que les créanciers *du failli ne sont pas ses* ayants-cause, *ne sont pas tenus de payer ses dettes*; que celui à qui une chose est due par le failli *est un créancier, ni plus ni moins que le créancier d'un homme*, et tant d'autres erreurs! Mais il faut voir comment M. Massé rappelle à l'ordre ces perturbateurs du droit commercial. C'est encore ainsi qu'ils prétendent que la transcription est *de substantiâ traditionis* à l'égard de tous, sans en excepter les parties ellesmêmes, parce que, suivant eux, cette formalité douanière est *d'ordre public*. Mais à ce paradoxe j'oppose une autorité *véritablement* compétente, celle du tribunal consulaire de Marseille, cette reine inamovible du commerce nautique. La question s'y est présentée, en 1851, par suite d'une vente de *quirats* ou portions de navires. Dans cette espèce, le vendeur plaidait aussi, sur la foi du vieux décret rendu par la Convention, que, faute d'avoir fait transcrire, le failli n'avait pu devenir propriétaire. Cependant, que porte le jugement? Le voici *en toutes lettres* :

« Attendu que l'exception tirée du défaut de transcrip-
« tion de la vente sur l'acte de francisation, que l'on veut
« considérer comme l'*état civil* du navire, et, par suite,
« comme imparfaite, tant que cette transcription n'a pas

« eu lieu, ne saurait être fondée, puisque l'acte de fran-« cisation délivré par la douane *ne sert qu'à établir la na-« tionalité du navire, et n'influe en rien sur les droits de « l'acheteur.* » (*Recueil de Mars.*, 20, 1, 58.)

Décision très-juste et très-rationnelle. Car, il ne faut jamais confondre des lois qui ne sont pas du même ordre. Cet almalgame ferait dire aux unes le contraire de ce que les autres prescrivent, et l'on aurait ainsi la pire chose du monde, une législation fallacieuse. Au Code de commerce, tout ce qui concerne la transmission des navires. Leur surveillance, leur nationalité, en un mot, tout le reste, aux lois politiques et aux règlements de police.

Or, les privilèges réservés, l'art. 195 n'exige rien autre chose, pour l'efficacité du contrat à l'égard de tous, qu'un acte public ou sous signature privée, et j'ai traité par acte authentique.

Cependant, que la tradition doive avoir une date certaine antérieure de plus de dix jours au jugement déclaratif, on le conçoit. Mais, dans notre espèce, la vente et la tradition ont eu lieu le même jour, et par des actes publics, près de trois mois avant le temps suspect. Tout soupçon de fraude étant donc impossible, comprend-on qu'une loi de l'an II m'enlève une propriété qui m'est assurée par le Code de commerce, spécial à la matière? Une législation à deux faces m'aurait donc tendu un piége! Si cette injustice était possible, n'aurais-je pas le droit de m'écrier avec Dumoulin : *Leges iniquæ maledicuntur à spiritu sancto ; non sunt pejores laquei quàm laquei legum?*

A notre tour, devons-nous maintenir notre doctrine ou la rétracter d'après le jugement de Marseille et les observations de Salomon? Nous croyons devoir persister. Nous persistons même avec plus de confiance que jamais, car, le 17 mars 1849, deux ans après la publication de notre 4ᵉ vol., 1ʳᵉ édit.. le principe que nous y enseignons, a été, pour la seconde fois, consacré par un arrêt de la Cour de Rennes, dont voici les principaux motifs :

« Considérant que les navires sont des propriétés mo-« bilières d'une valeur tellement importante, et qui peut « influer si puissamment sur le crédit du négociant auquel

« ils appartiennent, que les lois nouvelles ont dû, comme « l'avait fait l'ordonnance de la marine, prescrire de sa- « ges mesures *pour empêcher que les tiers ne pussent être « trompés;* que la loi du 27 vendémiaire an II, en éta- « blissant les formes à observer dans la rédaction de l'acte « de francisation, a prescrit d'y faire mention de tous les « intéressés, et veut (art. 17) que les ventes partielles (1) « de navires soient inscrites au dos de cet acte; que ces « formalités ne sont pas établies uniquement *dans des « vues d'intérêts politique et de police;* qu'elles ont aussi « pour but d'*assurer l'intérêt des tiers* qui ne peuvent « connaître d'autre propriétaire que celui dont les droits « sont constatés par cet acte public et solennel, etc.....»

Dans un autre *considérant*, la Cour pose en principe, ou plutôt rappelle le principe qu'elle avait démontré dès en commençant, que, « la transcription des ventes par- « tielles sur l'acte de francisation (2) *est une formalité « indispensable pour transférer la propriété des navires à « l'égard des tiers*(3). »

Ce que la Cour de Rennes a jugé en 1849, la Cour de Rouen l'avait jugé le 23 janvier 1841, en confirmant un jugement du tribunal de commerce du Havre, et la Cour d'Aix, le 22 décembre 1824, en infirmant un jugement du tribunal de commerce de Marseille (V. t. 5, n° 88), qui devrait abjurer une erreur que sa Cour souveraine lui a depuis si longtemps signalée.

N'insistons pas davantage. La loi de l'an II introduit un mode spécial pour transmettre à l'égard des tiers la propriété des navires, et, en cette matière, la forme prescrite est de l'essence de cette tradition qui peut seule consommer le transport de la propriété (V. *suprà*, n° 89, al. 5, et t. 5, n° 90).

(1) Pour le cas où le navire est vendu en entier, V. t. 5, n° 87.

(2) Le tribunal de commerce de Marseille se trompe évidemment, lorsqu'il dit que *l'acte de francisation ne sert qu'à établir la nationalité du navire*. Il sert aussi à constater la nationalité de l'armateur et de ses copropriétaires, s'il en a. Sans cela, comment prévenir ou réprimer la piraterie?

(3) V. *Annales de la science et du droit commercial*, par M. Le Hir, 1853, p. 61 et suiv.

Il est dans les premières nécessités de la navigation et du commerce international, que la loi politique appose le dernier sceau à la transmission des navires. Il n'en résulte pas, comme on l'a dit pour Salomon, que la loi de l'an II fasse antinomie avec le Code de commerce. Mais il s'ensuit que leur concours est naturellement nécessaire pour accomplir un fait qui va mettre en contact des intérêts privés et les intérêts de l'Etat.

Salomon rendra donc les deux bateaux, et viendra dans la masse pour ses 4,000 fr. C'est une conséquence du principe : *Major æquitas semper præfertur minori* (V. *suprà*, n° 90.)

Pour ce qui est des risques entre la vente et la transcription, V. t. 5, n° 101.

Passons au *Saint-Pierre*.

La revendication du *Saint-Pierre*, répond Salomon par l'organe de son avocat, n'est pas plus une revendication, que la vente qui en est le prétexte n'est une vente. Tout cela est purement nominal. Mais, au fond des choses, c'est la différence qu'on admettait à Rome entre le *dolus bonus* et le *dolus malus*. La simulation que j'ai faite n'offensait le droit de personne, et la revendication simulée masque une énorme injustice à mon égard.

Sous la couleur d'une vente, il s'est fait un prêt avec gage. Je détiens le gage, il est vrai. Mais je ne le possède pas ; c'est la faillite. Or, l'action en revendication n'est donnée que contre le possesseur, et nul n'a d'action contre soi (1). Que mes 12,000 fr. me soient rendus, et je rends le navire. Je n'ai cessé de l'offrir.

Pourquoi donc revendiquer? Ai-je besoin de le dire? C'est le résultat d'un calcul comme en font les assureurs. *Nescia mens hominum, etc...*, s'est-on dit, Si l'on venait à juger (et qui sait si de hasard on ne le jugera pas?) que Salomon a contracté un achat, et que son achat est nul *faute de transcription en douane*, il rendrait le navire, et entrerait dans la masse comme un simple créancier. Tout

(1) V. *suprà*, n° 76.

coup vaille, essayons. La prime est légère. Que sont les frais de ce procès auprès des 12,000 fr.?

Voilà le mobile et l'importance du litige qui, d'après mes maintiens, offre deux questions :

En point de droit, un contrat est-il de nul effet pour avoir été fait sous une autre dénomination que la sienne?

En point de fait, l'acte du 1[er] mai est-il un contrat de gage, ou un achat?

Sur la question de droit, évidemment préjudicielle dans l'espèce, les principes sont si certains qu'il suffit de les énoncer.

Le premier de tous, c'est que : « Le nom ne fait pas la « chose. » *Sermo rei, sed non res sermoni subjicitur.* L'art. 1156 du Code Napoléon le dit en termes exprès.

En second lieu, la simulation d'un contrat licite à un contrat licite n'a rien d'illicite : *Simulatio licita est de contractu licito ad contractum licitum* (Casareg., Disc. 169, n° 12). Seulement, il faut l'entendre en ce sens que rien ne soit simulé, je ne dis pas au préjudice des créanciers, mais *en fraude de leurs droits*, ce qui est très-différent. On sait la maxime : *Multa dicuntur fieri in præjudicium, quæ non fiunt in fraudem* (V. *suprà*, n° 8).

On sait aussi le principe formulé par Faber. « Un con- « trat stimulé, dit ce jurisconsulte, qui serait valable s'il « n'était pas simulé, produit le même effet que s'il était « pur de simulation » : *Contractus simulatus valet secundùm id quod actum est, si eo modo valere possit* (1). Vous pouvez et devez donc aborder la question de fait; le gage et l'achat sont aussi licites l'un que l'autre.

Au fait, *quid actum est* entre le failli et moi? C'est une question intentionnelle dont la solution ne peut être puisée que dans des présomptions et des conjectures. Tout se réduira donc à rechercher s'il est plus vraisemblable que nous ayons voulu un prêt et un nantissement qu'un achat et une vente.

Or, quelle apparence que j'aie entendu acheter un na-

(1) Codex, Fab., déf. 3, sur la rubrique du Code : *plus valere quod agitur quàm quod simulatè concipitur.*

vire, moi qui n'ai jamais fait le commerce maritime, et qui, depuis plus de vingt ans, ai cessé tout commerce? On ne commence, ni ne recommence à mon âge.

A cette invraisemblance, il s'en joint une autre. Si j'eusse entendu acheter, aurais-je acheté conditionnellement? Non que la transcription soit de nécessité; mais j'aurais voulu pouvoir faire transcrire pour que le *Saint-Pierre* fît, au plus tôt, un voyage à mes risques et sous mon nom, seul moyen de le mettre à l'abri de toutes nouvelles dettes; pouvais-je ignorer l'art. 193? Je n'ignorais pas davantage qu'on ne peut transcrire en douane que des ventes pures (1). La raison en est évidente : par l'effet d'une vente conditionnelle, le propriétaire actuel peut instantanément cesser de l'être, et un autre le devenir ou le redevenir à l'insu de l'administration, ce qui rendrait sa surveillance impossible (2). Par quel moyen, en effet, saurait-elle à toute heure si la condition existe? Par quel moyen les tiers pourraient-ils le savoir? Le capitaine lui-même en aura-t-il connaissance en pleine mer, ou dans les pays lointains, et, le sût-il, comment en justifier au besoin? Ajoutez à cela qu'il y a souvent litige sur la question de savoir si la condition s'est accomplie ou n'est pas défaillie. Il faut donc que toujours (*indesi-*

(1) Pour expliquer les effets de la condition suspensive et de la condition résolutoire (t. 4, n° 296), nous avons, par inadvertance, parlé d'un navire vendu conditionnellement. L'objet matériel de l'exemple est mal choisi. Une pareille vente ne pouvant être transcrite en douane, elle ne peut devenir, même après tradition, translative de propriété. Mais que, en place d'un navire, on suppose toute autre chose, corps certain, *v. g.*, telle usine, et notre doctrine est correcte en tout sens.

(2) Cette surveillance commence à la *francisation* qui est l'acte de *naissance* du navire, et ne cesse pas un seul moment aussi longtemps qu'il existe comme tel. Son *décès* maritime doit aussi être constaté. Si le propriétaire veut le faire dépecer, par suite de son état de vétusté, ou l'affecter à une autre destination que la navigation, *v. g.*, en faire une usine, ou un magasin sur eau, ce propriétaire aura préalablement à remplir en douane un grand nombre de formalités minutieusement indiquées dans le *Code des douanes* par Bourgat, 2e édition, t. 1er, p. 371, et dans le 2e supplément à ce Code, par Delandre, année 1851.

nenter) *le propriétaire soit certain.* C'est une nécessité d'ordre public et d'intérêt privé.

S'il est invraisemblable que j'aie voulu acheter, il ne l'est pas moins que le failli ait voulu vendre. En effet, son *steamer* dont nous avons fictivement porté le prix à 24,000 fr., en vaut, au bas mot, 36,000; et il me l'aurait vendu, je l'aurais acheté sous une condition suspensive dont l'accomplissement, très-vraisemblable dans la circonstance, pouvait en doubler la valeur! C'eût été, de sa part, un trait de démence, et de la mienne, une indélicatesse dont j'ose me dire incapable. Voyez de quelle manière il a su traiter de son établissement avec Jacques.

Je suis venu au secours d'un jeune commerçant dont le défunt père fut longtemps mon ami et mon associé, et mes 12,000 fr. l'eussent sauvé (ses livres en font foi), sans les nouveaux malheurs qui sont inopinément venus fondre sur lui.

Notre commune intention, vous la voyez clairement : l'acte du 1er mai est un contrat de gage; et, comme tel, il réunit toutes les conditions prescrites par la loi (article 2074 C. Nap.). Rien ne s'est fait ni frauduleusement ni dans un temps suspect. Seulement, de deux manières également licites de faire notre convention, nous avons choisi celle qui nous a paru la plus convenable. *L'emprunt discrédite le marchand.*

Juges du procès, nous donnerions gain de cause à Salomon. Ses principes sur la simulation sont très-vrais, et toutes les présomptions qu'on peut tirer *ex personâ, ex causâ et ex facto*, nous semblent se réunir pour forcer la conviction que l'acte du 1er mai se résume en un prêt avec gage. — Casaregis a prévu cette vente fiduciaire (1) dont l'usage est très-fréquent dans le commerce, et même dans le commerce de la vie civile. Un grand nombre de ventes à réméré ne sont pas autre chose : *contractus emptionis*, positâ simulatione, *resolvitur in pignus*, *vel in mutuum* (Disc. 169, n° 2).

(1) *Fiducia etiàm pro pignore accipitur....., id est in quo dominium revocabile nactus est* (creditor). V. Paul, lib. 2, *sentent.*, tit. 13, § 2

Mais il n'en est pas moins vrai que Salomon se contredit en soutenant, d'une part, que la transcription n'est pas nécessaire; et, d'un autre côté, que, s'il eût entendu acheter, il aurait traité de manière à rendre la transcription praticable pour que le navire fît un voyage sous son nom. L'art. 193 prouverait, à lui seul, qu'avant la transcription, la propriété n'est pas déplacée.

En effet, si la vente et la tradition suffisaient, le navire devenant aussitôt la chose d'autrui par rapport au vendeur, il serait immoral et contre tout droit et toute raison qu'il pût l'affecter à de nouvelles dettes.

Pourquoi donc le peut-il, non pas *salvâ fide*, ni même impunément, mais très-légalement, très-valablement au profit du créancier? C'est que, pour changer de maître, il faut que le navire ait fait le voyage dont il est mention dans l'art. 193.

Mais, pour que le brick qu'on m'a vendu et livré matériellement puisse faire un voyage *en mer*, *sous mon nom et à mes risques*, il lui faut *un congé* sous mon propre nom (V. t. 5, n° 85).

Or, ce congé, je ne l'obtiendrai pas, je ne saurais l'obtenir que je n'aie fait transcrire; auparavant, l'administration ne me connaît pas.

Donc, point de transcription, point de mutation.

123. — Par un marché à forfait du 14 janvier 1825, Bataille, constructeur de navires, s'engage envers le capitaine Frémont à lui construire un brick, livrable le 15 juin suivant.

Le prix, 27,500 fr., devait être payé comme il est dit, t. 5, n° 85 (1); et, de fait, des payements sont effectués.

Mais, le 28 juillet, faillite de Bataille, le navire inachevé.

Frémont assigne le syndic devant le tribunal de commerce d'Yvetot, et conclut :

(1) Les arrêtistes ne le disent pas expressément. Mais nous le supposons, parce que cela est très-vraisemblable.

1° A ce qu'il soit dit, dès à présent, qu'il est propriétaire du brick dans l'état où il se trouve ;

2° A ce que le jugement l'autorise à faire opérer les travaux nécessaires pour l'achever, sur les sommes qu'il restait devoir à Bataille pour solde du prix de l'entière construction ;

3° Et qu'il lui soit alloué des dommages-intérêts pour retard dans la livraison.

Le syndic conteste, et soutient que le navire étant encore en la possession *du failli*, il est *la propriété* de la masse (nous transcrivons littéralement), et qu'à elle seule appartient le droit d'en disposer.

Frémont ayant obtenu toutes ses conclusions, appel devant la Cour de Rouen, dont voici l'arrêt :

« Attendu que le traité du 14 janvier 1825 participe « de la nature du contrat de mandat, en ce que Frémont « a donné commission à Bataille de construire un navire « pour son compte, et du contrat de louage d'ouvrage, en « ce que Bataille, pour un prix déterminé, s'est chargé de « la construction du navire, en fournissant son travail et « la matière ;

« Attendu que, si l'art. 1795 dit que le contrat de « louage d'ouvrage se dissout par la mort de l'entrepre- « neur, aucun texte de la loi ne dispose qu'il s'anéantit « par son état de faillite ; que, dans ce dernier cas, il est « représenté par le syndic de sa masse, qui, suivant son « intérêt, peut employer le failli, de son aveu, à la conti- « nuation et perfection de l'ouvrage, tandis qu'au premier « cas, le décès de l'entrepreneur oppose un obstacle in- « surmontable à la confection personnelle de son entre- « prise ;

« Attendu que la faillite ne rompt pas les obligations « que le failli avait contractées antérieurement envers les « tiers ; qu'ainsi la masse, qui le représente, est tenue de « les accomplir, comme il était tenu lui-même ; que, s'il « se refuse à finir l'ouvrage commencé, elle peut, sur la « demande du maître qui l'a commandé, lui laisser le soin « de le faire parachever par lui-même, ou le faire con- « duire à sa fin par un autre entrepreneur ; que c'est d'ail-

« leurs une obligation pour elle, comme représentant le « failli, d'exécuter d'une manière ou de l'autre le marché, « suivant ce qui résulte de la combinaison des art. 1144 « et 1184 avec l'art. 1991 du Code Napoléon ;

« Attendu, etc.... » (*Recueil de Mars.*, 7, 2, 94).

Quant au dispositif, il est conséquent aux motifs; inutile de le transcrire. Observons cependant que Frémont viendra dans la masse pour ses dommages et intérêts.

De toutes les propositions contenues dans cet arrêt, il n'en est qu'une seule vraie : c'est lorsqu'il pose en principe que la faillite ne rompt pas les obligations contractées par le failli avant sa faillite.

Ces obligations subsistent sans doute, puisqu'il est libre aux créanciers d'en exiger l'exécution en exerçant les droits du failli, ce qui implique soumission à ses devoirs (V. *suprà*, n[os] 77 et 78). Mais tout le reste des motifs est un tissu d'erreurs, dont la chaîne est une fausse appréciation du contrat.

Quand un constructeur qui prend l'obligation, à prix ferme (autrement dit *à forfait*), de fournir la matière et le travail, promet à quelqu'un de lui construire un navire, et de le lui livrer à telle époque, il n'y a là ni mandat, ni louage d'ouvrage, encore moins l'un et l'autre. La faillite, est-il dit dans l'arrêt, n'anéantit pas le contrat de louage. A la bonne heure. Mais la faillite anéantit le mandat (art. 2003 C. Nap.) ; et comme un tel mandat, s'il eût existé un mandat, n'aurait eu d'autre objet que le navire à faire, il eût été conséquent de dire que le louage avait cessé avec le mandat. La Cour a donc mal compris la nature de la convention.

Cependant, c'était un point décisif. En effet, qu'avait promis Bataille ? Un brick qu'il n'avait pas, qui n'existait même pas en partie lors du contrat. Par conséquent, ce contrat était une *vente à livrer* (V. t. 4, n° 51). Or, dans la vente à livrer, pour qui le risque intermédiaire avec la propriété? Nul ne l'ignore (V. t. 5, n° 91) ; et, si, aux trois quarts fait, ou achevé, le navire fût péri sur chantier, qui voudrait garantir que Frémont eût, avec la même ardeur, revendiqué le titre de propriétaire ?

Au reste, sauf la vente *à toutes chances* par laquelle la propriété se transmet *absque ullâ traditione* (V. t. 5, n° 33), selon le droit des faillites, quelle que soit la vente, *point de tradition, point de transmission*. D'un autre côté, ce qui ne s'est pas fait avant le jugement déclaratif, on ne peut plus le faire (V. *suprà*, n° 66 et 67). Le brick eût-il donc existé au temps de la convention, ou eût-il été achevé, totalement payé, et prêt à être livré lors de la faillite, il n'en fût pas moins resté, faute de tradition, la propriété du failli (V. *suprà*, n° 88) ; par suite, la perte eût été pour lui, et, par suite encore, l'arrêt a mal fait de déclarer propriétaire un acheteur non livré.

L'arrêt ne devait pas davantage autoriser Frémont « à « opérer les travaux nécessaires à l'achèvement du brick « sur les sommes qu'il restait devoir à Bataille pour solde « du prix de l'entière construction. » C'était évidemment créer un privilége en dehors de la loi, art. 191.

Ces raisons ne seraient pourtant pas décisives, s'il était vrai, comme il est dit dans l'arrêt, que *la masse représente le failli*, c'est-à-dire, est son *ayant-cause*. Mais le contraire est démontré *suprà*, n° 76 et 81, *et alibi passim*, et, nous bornant ici à résumer la démonstration, nous disons : le système de la Cour de Rouen résiste à la loi et au droit : à la loi, car la loi ne confère aux créanciers que l'*administration* et non la *propriété* des biens du failli ; au droit, parce qu'ils ne sont pas *les continuateurs forcés de sa personne* (1), et qu'il répugne au bon sens (*rectæ rationi*) que ses obligations personnelles deviennent les leurs, *ipso jure*.

L'arrêt n'est pas seulement contraire aux règles du droit des faillites ; il l'est aussi aux règles du droit civil.

« Lorsqu'un ouvrier qui fournit la matière promet, « moyennant tel prix, de me confectionner et livrer des « anneaux d'or, la convention est-elle une vente, ou un « louage d'ouvrage, ou les deux à la fois ? » Cette ques-

(1) Expressions que nous avons lues, à notre grand étonnement, dans un arrêt de Colmar, du 17 juillet 1843 (*Recueil* de M. Le Hir, 1847, p. 27).

tion, qui, en droit civil, serait précisément celle du procès *Bataille*, divisait, depuis longtemps, les jurisconsultes et les écoles à Rome, lorsque Justinien la décida législativement :

Si la chose dont j'ai commandé la confection, est-il dit au Digeste, *par exemple, une statue, un vase, un vêtement, est promise de manière à ce que je n'aie à donner qu'une somme d'argent, ma convention est un achat. Aucun louage n'est possible là où la matière première n'est pas fournie par celui pour qui elle sera mise en œuvre* (1).

La raison du droit (*recta ratio*) homologue cette décision du jurisconsulte *Sabinus.*

En effet, lorsque, traitant *à forfait*, je m'engage à vous faire, *v. g.*, la statue de l'impératrice Eugénie, dont je fournirai l'or et le travail, je ne promets pas deux choses. Je n'en promets qu'une seule, la statue que formeront la matière et la façon unies l'une à l'autre, c'est-à-dire, la spécification, *nova species*, que leur union produira, et notre convention n'est que la vente de ce tout.

La théorie du droit romain est passée dans le Code Napoléon. Des auteurs graves l'ont contesté. Mais M. Troplong (*Louage*, n° 965) a victorieusement réfuté leur erreur.

Ainsi, l'arrêt a mal jugé sous tous les rapports possibles ;

Car, selon le droit civil, point de mandat ni de louage ; Bataille *avait vendu.*

Selon le droit commercial, Bataille avait vendu *à livrer ;* partant, à lui la propriété, et pour lui le risque intermédiaire entre la vente et la tradition.

Au fait, il n'avait pas livré, et ne pouvait pas livrer, car, *per rerum naturam*, l'obligation de livrer un brick est une obligation aussi indivisible *solutione*, que l'obligation de livrer une statue ou un vase. On ne peut l'ac-

(1) Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quàm pecuniam daremus, emptionem videri ; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit (L. 20, D., *De contrah. empt.*).

complir que quand le brick est achevé. Auparavant, il n'y en a pas.

Et, selon le droit des faillites, ce qui n'était pas livré lors du jugement déclaratif reste *in bonis* du failli (V. *suprà*, n° 88).

Toutes ces propositions sont niées dans un arrêt de la Cour d'Aix (1). On y pose en principe que *la masse représente le failli, sustinet vicem decocti*. C'est la doxologie obligée de presque tous les arrêts en matière de faillite. La Cour de cassation elle-même a jugé, le 22 novembre 1830, que les créanciers du tireur failli sont ses *ayants-cause* à l'égard du porteur !!!

La Cour d'Aix pose encore deux principes qui ne sont guère habitués à se trouver ensemble. Il y est dit que celui qui traite à forfait d'un navire à lui faire, en a la propriété par le seul accord sur la chose et le prix, art. 1178 du Code Napoléon; et qu'il *en devient propriétaire* au fur et à mesure que la construction progresse. C'est un démenti donné à une règle de droit qui avait sans contradiction traversé plus de vingt siècles : *Quod meum est, ampliùs meum esse non potest*. Si je suis propriétaire de tout le navire avant qu'il soit commencé, qu'ai-je besoin de le devenir plus tard, *à poco à poco?*

Au reste, selon le droit commercial, que la chose soit déjà faite ou à faire, jamais la propriété n'en est acquise à l'acheteur par le seul fait de l'obligation. Nous l'avons prouvé si souvent et en tant de manières qu'il nous répugne d'y revenir. Seulement, une seule et très-courte addition : transporter dans le droit des faillites l'art. 1178 du Code Napoléon, c'est supprimer l'art. 576 du Code de commerce.

D'après ce texte, le vendeur *non payé* ne peut revendiquer la chose *entrée* dans les magasins du failli. Pourquoi? Parce que ce vendeur *a cessé* d'être propriétaire.

Réciproquement, alors même qu'il *a payé*, l'acheteur ne peut revendiquer la chose *non sortie* des magasins du

(1) Du 7 décembre 1826. V. *Recueil de Mars.*, vol. 8, 1re partie, p. 65.

failli. — Pourquoi encore? Parce que le failli *n'a pas cessé* un instant d'en avoir la propriété.

En d'autres termes : Pour que le vendeur revendique à bon droit, il faut que le failli *n'ait pas été livré.*

Donc, pour que l'acheteur revendique avec succès, il faut que le failli *ait livré* (1).

C'est un argument *à pari ratione*, lequel a la même force que l'argument *à contrario sensu.* Aussi sont-ils, l'un et l'autre, soumis à la même loi. Il y est requis qu'aucun moyen terme ne soit sous-entendu, ni ne puisse se placer entre l'antécédent et le conséquent (2). Au cas contraire, l'argument ne vaut rien. Mais la condition est remplie dans le nôtre; car nécessairement, lors du jugement déclaratif, la chose dont le failli a fait la vente ou l'achat est dans ses magasins, ou elle n'y est pas. Il n'y a pas de *mezzo termine.*

Comme l'argument *à contrario*, l'argument *à pari* est insurmontable. Un axiome de droit l'a consacré : *Ubi eadem ratio, idem jus.*

124. — Du double principe que, si le constructeur fournit le travail et les matériaux, le *devis et marché* est une *vente à livrer*, et que la faillite a la propriété, le prix payé ou non, de tout ce que le failli a vendu et n'a pas livré avant le jugement déclaratif, il suit que le privilége de ceux qui ont fourni et travaillé à la construction d'un navire n'aurait jamais dû être l'objet d'un doute. Cependant, faute d'une saine appréciation du contrat, jamais question ne fut plus controversée, ni jugée plus diversement.

Jure veteri, la divergence prenait sa source dans une législation sans unité. Ce n'est pas que l'ordonnance de la marine, titre *de la Saisie des vaisseaux*, art. 17 (3),

(1) Comme si, par le même acte, *in continenti*, il a pris à louage la chose qu'il vendait; si, par son consentement, l'acheteur a apposé sa marque sur la marchandise, *in signum dominii*, etc. (tradition virtuelle ou quasi-tradition).

(2) V. *suprà*, n° 55.

(3) « Si le navire vendu n'a point encore fait de voyage, le ven-

n'accordât très-clairement aux fournisseurs et ouvriers le même privilége que leur assure aujourd'hui le Code de commerce. Mais, le 16 mai 1747, Louis XV rendit une déclaration (1) dont le dispositif est ainsi conçu :

.... « Voulons et nous plaît que, lorsque les « négociants font construire un navire à forfait par un « maître constructeur, les marchands, fournisseurs et « ouvriers n'aient d'action directe que contre le construc- « teur, etc... »

Quelles furent les causes d'une disposition si évidemment contraire au texte de l'ordonnance? Le roi les déduit dans le préambule de sa déclaration.

« *Nous ayant été représenté*, dit Sa Majesté,... que les « art. 3, tit. 12, et 17, tit. 14 du liv. 1er de l'ordonnance « de 1681 ne sont pas applicables à la question (2), ne « pouvant dans leur vrai sens regarder que les navires ou « bâtiments qu'un armateur ou négociant aurait fait con- « struire lui-même par économie, *ce qui était d'un usage « presque universel lors de la réduction de ladite ordon- « nance;* que, depuis cette époque, les progrès du com- « merce ayant multiplié......, on a trouvé plus sûr et plus « commode de faire construire à forfait; d'où il résulte « que les articles cités de ladite ordonnance sont, en ce « cas, uniquement en faveur du maître constructeur, et « non en faveur des ouvriers, qui n'ont de recours que « contre ledit constructeur, *sans quoi il pourrait arriver « que le négociant ou armateur* serait exposé à payer « *deux fois la valeur de son navire.* A ces causes, etc. »

Qui avait fait ces représentations au roi? Le préambule

« deur, les charpentiers, calfateurs et autres ouvriers, ensemble les « créanciers pour les bois, cordages et autres choses fournies pour « le bâtiment, seront payés par préférence à tous créanciers, et par « concurrence entre eux. »

(1) Une déclaration du roi étant une loi interprétative, soit d'un édit, soit d'une ordonnance, etc..., son but était de fixer la jurisprudence sur un point controversé. Mais les déclarations n'étaient observées dans le ressort de chaque parlement qu'autant qu'elles y eussent été librement enregistrées, et publiées par son autorité.

(2) De savoir si les fournisseurs et ouvriers avaient ou n'avaient pas un privilége.

ne s'en explique point; mais, à coup sûr, ce n'étaient pas les ouvriers. Ils furent condamnés *causâ inauditâ*.

Quelque chose qu'il en fût, on n'osa pas dire au roi que le texte de l'ordonnance eût quelque chose d'obscur et d'ambigu. On lui exposa seulement que la cause du privilége avait *presque* cessé, c'est-à-dire, que, lors de la rédaction de l'ordonnance, les constructions maritimes se faisaient *presque* toujours par économie, et que, en 1747, elles se faisaient *presque* toutes à forfait.

Il n'en faut pas davantage pour démontrer qu'en 1681 il se faisait aussi des constructions à l'entreprise. Le moyen d'en douter, quand on lit dans le *Consulat de la mer* (chap 52), que « si, *dès le principe*, l'armateur qui « fait construire à prix ferme n'a pas averti les ouvriers « de ce dont il s'agit, ils peuvent saisir et séquestrer le « travail par eux fait (1) »?

Ainsi, à l'égard des ouvriers, en 1681 comme aujourd'hui, la construction était présumée se faire à l'entreprise, et l'ordonnance n'en consacrait pas moins le privilége.

L'une des deux conventions était-elle plus fréquente que l'autre en 1681? Qui pouvait le savoir au juste en 1747? Le temps dévore tout; *tempus edax rerum*. Un exemple frappant de cette triste vérité, c'est qu'on ne savait pas plus en 1747 qu'on ne sait aujourd'hui, et probablement ne saura-t-on jamais, le nom des grands hommes qui rédigèrent l'ordonnance de la marine, le plus beau monument de législation qu'il y ait au monde!

D'ailleurs, qu'une convention licite soit moins usitée, ou, si l'on veut, beaucoup moins usitée qu'une autre, ce n'est pas une raison pour la mettre hors la loi.

Quant au second motif, il n'est pas sérieux; car le pauvre ouvrier qui *serait exposé* à perdre ses salaires une fois, se trouverait dans la même position, mais compara-

(1) Se per uno prezzo accordato maestro d'ascia (*le maître de hache*) dovra fabbricare una nave, in tel caso è obbligato il padrone a far intendere a tulli i maestri un tale accordo....; altrimenti... potranno agere contro del pardrone, *e sequestrare* il vascello (Casareg., *Consolato del mare*, cap. 52).

tivement plus à plaindre, que le riche armateur payant une seconde fois le navire qu'il a reçu.

La déclaration de 1747 fut donc une fausse application de la règle *Cessante causâ, cessat effectus ;* et, en même temps, la conséquence d'un sophisme.

Aussi, cette déclaration, enregistrée sans réserves au Parlement de Bretagne, ne le fut elle dans plusieurs autres Cours souveraines que sous plusieurs modifications, Le Parlement de Bordeaux ne l'enregistra qu'à la condition que l'armateur pour lequel un navire allait être construit, fût tenu *d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de l'amirauté* (1); et le Parlement d'Aix refusa positivement de l'enregistrer, parce qu'elle était *contraire aux règles du droit nautique.* Elle transportait, en effet, le principe de la construction civile *ædificium solo cedit* dans la construction maritime, deux ordres de choses très-différents.

L'interprétation royale manqua donc son objet, et la question se jugeait différemment selon qu'elle s'agitait en Provence ou en Bretagne, en Guyenne ou en Normandie.

Mais la déclaration surprise à la religion du roi blessait si visiblement sa justice, que les deux plus habiles interprètes de notre droit nautique, l'un sur les bords de l'Océan, l'autre sur les bords de la Méditerranée, Valin et Emérigon, s'accordaient à penser qu'il fallait que les ouvriers et fournisseurs « eussent su que l'ouvrage était « à l'entreprise, et qu'ils n'avaient affaire qu'à l'entrepre- «neur (2). » C'était, en ce point, substituer le *Consulat de la mer* à l'ordonnance de Louis XIV et à la déclaration de Louis XV.

Telles étaient la doctrine et la jurisprudence, quand le célèbre Conseil d'Etat de Napoléon I[er], et Napoléon I[er] lui-même, élaborèrent le Code de commerce dont l'art. 91

(1) V. Boulay-Paty, *Cours de droit commercial*, t. 1[er], p. 124 et suiv.

(2) Valin, sur l'art. 17, tit. *De la Saisie*. Emérigon, chap. 12, sect. 3.

place les fournisseurs et ouvriers au huitième rang des ouvriers privilégiés.

Le législateur n'ignorait ni la déclaration de 1747, ni les protestations dont elle avait été l'objet. Il n'ignorait pas davantage le *Consulat de la mer* et la commune opinion de Valin et d'Emérigon. D'ailleurs, tout cela avait été rappelé par les orateurs du gouvernement. Voici en quels termes s'exprima M. Regnaud :

« Il est d'une haute importance *de fondre dans un sys-* « *tème commun* les usages de la métropole et des pays « réunis ; de faire disparaître l'influence de règlements « émanés des Parlements, et qui formaient une seconde « législation au sein de la législation primitive, d'effacer « les traces des règles établies par les coutumes locales, « par les lois municipales. »

C'est donc en pleine connaissance de cause que fut adopté le n° 8 de l'art. 191, et il le fut sans distinctoins, sans restrictions, sans modifications quelconques. Nous en concluons que le privilége existe tout aussi bien quand le navire est construit par économie, que quand sa construction est à l'entreprise, sans qu'il y ait à s'informer si les ouvriers et fournisseurs savaient ou ne savaient pas pour le compte de qui le navire serait construit Entendue dans le sens de son texte, qui est clair et inconditionnel, la loi le justifie par des considérations d'un ordre supérieur : en accordant au travail comme aux fournitures la juste garantie qu'ils méritent, elle veille aux intérêts de l'Etat, et prévient les litiges.

Et d'abord, le salaire de l'ouvrier est chose sacrée. Les lois divines et humaines le proclament : *Non negabis mercedem indigenti, sed reddes ei pretium laboris..... ne clamet contrà te ad dominum* (*Deuter.*, cap. 23). Le travail du mercenaire est le pain de ses enfants.

Les fournisseurs ne sont pas moins favorables. Peut-être même, à la rigueur, le seraient-ils un peu plus, car, sans les matériaux, il n'y aurait pas eu de travail, comme il n'y aurait pas eu de navire si la matière ou le travail eût manqué.

En second lieu, il importe à l'Etat d'encourager les

constructions navales. Or, il est peu de constructeurs en état de faire face, par leurs propres ressources, à tous les frais de leurs entreprises. En général, il faut nécessairement qu'ils obtiennent à crédit une partie de la main-d'œuvre et une partie des matériaux. L'expérience est là qui le prouve. C'est ainsi que la construction progresse et s'achève. Mais, si l'on vient à dénier, sous quelque prétexte que ce soit, ou seulement à révoquer en doute le privilége, garantie de ce crédit, plus d'ouvriers, plus de fournisseurs, plus de constructions.

La loi ne dit pas à l'ouvrier, la loi ne dit pas au fournisseur : Avant de travailler, avant de fournir, informe-toi pour qui tu travailles, ou tu fournis. Elle ne leur dit pas non plus : Ne comptez point sur un privilége si, dès le principe, l'armateur vous avertit qu'il fera construire à forfait. Pourquoi ne le dit-elle pas? C'est que, en réalité, l'ouvrier et le fournisseur font bien plus crédit à la chose qu'à la personne. *Magis navi quàm personæ crediderunt* (V. Emérig., t. 2, p. 567). N'est-il pas très-naturel, en effet, qu'ils voient le premier gage, l'un de son travail, l'autre de ses fournitures, dans la chose même qui en est le produit?

On ne peut raisonnablement supposer que le Conseil d'Etat et le Corps législatif ne connaissaient pas le *mezzo termine* puisé par Valin et par Emérigon dans le *Consulat de la mer*. Cependant la loi ne le reproduit pas. Elle l'a donc sciemment exclu; et avec raison, car l'avertissement pouvait couvrir un concert frauduleux entre l'armateur et l'entrepreneur (1), première source d'injustices et de litiges.

Ensuite, à combien d'autres litiges une formalité non réglée par la loi ne peut-elle pas donner lieu !

Un navire de 1,000 à 1,200 tonneaux, mis en construction, reste sur le chantier quinze ou dix-huit mois, quelquefois davantage, et sa confection exige un grand nombre d'ouvriers. Les uns seront renvoyés, parce qu'on en est mécontent; d'autres s'en iront, parce qu'ils trouvent ailleurs de plus forts salaires; d'autres enfin décéde-

(1) V. Boulay-Paty, *loc. cit.*, p. 130.

ront, et tous devront être remplacés. Chaque remplaçant devra donc être averti! Quand? par qui? dans quelle forme? Aucune loi ne le dit, et peut-être l'armateur habite-t-il aux grandes Indes!

La disposition inconditionnelle de l'art. 191 coupe court à tous ces inconvénients. Cette loi est trop positive, trop absolue pour qu'on lui prête un autre esprit que celui que présente sa rédaction littérale. C'est donc à tort que Boulay-Paty enseigne en plusieurs endroits, notamment p. 132 et 133, que *les ouvriers avertis de se faire payer par l'entrepreneur, n'ont aucun privilége sur le navire.*

Avertis *de se faire payer!* Cela est bientôt dit. Mais, si on les paye de promesses, comme il arrive souvent, faudra-t-il qu'ils cessent leur travail, et qu'ils fassent un procès? Leur confiance dans la loi, qui leur garantit un privilége inconditionnel, serait-elle une faute? L'armateur, au contraire, en a commis une grave. Que ne stipulait-il qu'il payerait lui-même les ouvriers sur les mandats de l'entrepreneur? Si celui-ci eût consenti, nul préjudice possible. Au cas contraire, son refus eût été un *avertissement* salutaire. Mais cela eût coûté quelques soins, entraîné quelques détails, et l'*on a trouvé plus commode* de rejeter sur l'ouvrier la responsabilité d'une faute qui n'est pas la sienne.

Avertis ou non, l'ouvrier et le fournisseur ont leur privilége par la raison suprême que le Code de commerce le leur donne, et qu'il ne dépend pas de l'armateur d'affranchir son navire d'un privilége dont la loi l'a frappé, autant et plus peut-être dans l'intérêt public qu'en considération de ceux qui ont travaillé ou fourni.

Nous ne pouvons donc, sous aucun rapport, souscrire à un arrêt de la Cour de Rennes, du 7 mai 1818, par lequel il est jugé que l'art. 1798 du Code Napoléon s'applique aux constructions nautiques, et que la déclaration du 16 mai 1747 est toujours en vigueur.

Transporter l'art. 1798 du Code Napoléon dans le Code de commerce, c'est en supprimer l'art. 191, comme on supprime l'art. 576, en y transportant les art. 1583 et 1178 du même Code Napoléon.

L'erreur n'est pas moins grave de croire et de juger que la déclaration de 1747 a survécu à l'abolition qui en est formellement prononcée par la loi. Cela ne prouve qu'une chose : l'extrême difficulté pour les meilleurs esprits eux-mêmes, pour les magistrats les plus éclairés, les plus consciencieux, de secouer le joug d'un premier enseignement, et de se soustraire à l'influence d'une pratique traditionnelle.

Mais, dans la régénération d'un grand peuple, et de nos jours plus que jamais, il faut s'attendre à bien des retours, à bien des changements, bien des nouveautés, et savoir s'y faire. Pour couronner son œuvre, le législateur a dit d'une voix de Stentor : *recedant vetera* (1) ; et qui édicte le dernier est toujours dans son droit. Il a même toujours raison, provisoirement, bien entendu ; car chaque chose humaine a un temps au bout duquel toutes disparaissent, chacune à leur tour (2), et sont remplacées par d'autres qui le seront aussi, les lois, les rois (3), les nationalités (4), comme tout le reste.

125. — On vient de voir en application, pour les trois premières hypothèses énoncées *suprà*, n° 117, les divers principes touchant la tradition et ses effets, par rapport à l'acheteur dans la faillite du vendeur. La quatrième et dernière hypothèse est celle où le contrat était parfaitement exécuté avant le jugement déclaratif. Dans ce cas, que le failli soit vendeur ou qu'il soit acheteur, *idem juris est* en tous points, et, comme il en est amplement traité dans le paragraphe suivant, en parler ici, ce serait un double emploi.

126. — Sur la tradition dans la vente de la chose qui se trouve, soit en cours de voyage, soit en pays étranger,

(1) Loi du 15 septembre 1807.
(2) Omnia tempus habent, et suis spatiis transeunt universa sub cœlo (*Eccles.*, cap. 3).
(3) Conteret multos innumerabiles, et faciet stare alios pro eis (*Reg.*, cap. 3).
(4) On croit avoir découvert où habitaient les Mèdes. Mais les Mèdes eux-mêmes, que sont-ils devenus?

soit au delà des mers, ou en mains tierces, V. t. 4, n°s 221, 222.

127. — Quant à la vente à toutes chances, et à celle où la propriété demeure *in pendenti* jusqu'à l'événement, V. t. 5, n°s 33, 37.

128. — Et pour les traditions privatives au commerce, *v. g.*, par la remise d'une facture et d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, par transfert en douane, V. même tome, ch. 2, §§ 3, 4, 5 et 6.

§ II.

FAILLITE DE L'ACHETEUR; DROITS DU VENDEUR; DROITS DE LA MASSE.

SOMMAIRE.

129. Il n'importe lequel est failli, de l'acheteur ou du vendeur, lorsque le contrat est parfaitement exécuté avant le jugement déclaratif, mais attaqué pour fraude; le présent paragraphe est la contre-partie du précédent : énumération des difficultés à résoudre par application de certains principes précédemment formulés.

130. Cas où le contrat est inexécuté de part et d'autre ; conclusion qui se déduit de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1828 ; cette conclusion est contraire à l'équité; M. Renouard tente d'y soustraire les créanciers en supposant la résolution de la vente, et la formation d'un nouveau contrat entre le vendeur et la masse ; extrême difficulté de comprendre cette théorie. — Autre système, celui de M. Massé, qui conduit aux mêmes conséquences; ce système se réduit à une *expromission* que les parties ne contractent pas ; rien n'est plus contraire aux plus simples notions du droit.

131. Cause de ces suppositions arbitraires; comment s'explique naturellement l'art. 578 ; le but unique de la *novation* de M. Renouard, de l'*expromission* de M. Massé, est que la masse jouisse du terme, *en donnant caution*, article 1613 du Code Napoléon ; la question est textuellement décidée par l'art. 578 ; le payement du prix est la condition *sine quâ non* d'une délivrance exigible, sans qu'il y ait à distinguer si la vente est à terme ou sans terme.

132. Espèce d'une vente à livraisons successives ; question de savoir si le vendeur est en droit d'exiger que le syndic

déclare son option pour la résolution présente ou pour l'exécution future de la vente.

133. Lorsque, la chose étant livrable *unâ traditione*, le terme de livraison n'est pas encore venu, le vendeur ne peut être contraint de livrer par anticipation, bien que le prix lui soit offert ; réciproquement, il ne peut invoquer l'article 444 pour exiger un payement anticipé ; pourquoi cet article n'est-il plus applicable.

134. L'acheteur ayant été mis, avant sa faillite déclarée, en demeure de se livrer, quand et à quelle condition le vendeur est en droit de demander la résolution de la vente.

135. Quand la condition suspensive de la vente vient à s'accomplir depuis la faillite de l'acheteur juridiquement déclarée, le vendeur n'a pas le droit d'exiger que la masse exécute le contrat ; il n'a d'action que contre la faillite.

136. Droits du vendeur dans la faillite de l'acheteur, *pendente conditione ;* double procès, l'un à l'inverse de l'autre.

137. Espèce d'une double vente, où des vins achetés par le failli n'étaient pas encore dégustés lors de la faillite, et où le vendeur d'une scierie mécanique a stipulé que la vente serait résolue, à défaut de payement du prix *ad diem*.

138. Hypothèse dans laquelle le contrat est imparfaitement exécuté par le vendeur, et où l'usage de certaines places permet à l'acheteur de négocier son droit, et de transférer son obligation à un tiers, qui peut en user de même à l'égard d'un autre tiers, et ainsi successivement.

139. Lorsque, au lieu de livrer lui-même, le vendeur remet à son acheteur un ordre de livraison sur une tierce personne, n'exécutant le contrat que d'une manière imparfaite, il ne cesse pas d'être saisi de la propriété.

140. Mais quand l'ordre a été créé au porteur ou transmissible par la voie de l'endossement, et négocié, le vendeur, bien que non dessaisi, est tenu de livrer au porteur.

141. Usage de centraliser les ordres de livraisons dans la main du donneur d'ordre, lequel fait la liquidation entre les vendeurs successifs, et règle les différences, s'il s'en trouve.

142. Vente pour livrer et recevoir à l'entrepôt; question de savoir quand et comment le vendeur est dessaisi; jurisprudence du tribunal de commerce de Marseille et de la Cour d'Aix; erreur de cette jurisprudence.

143. Revue rétrospective des explications qui précèdent; examen de notre dernière hypothèse, l'exécution du contrat de part et d'autre; ce qui constitue cette exécution.

144. Économie de la loi eu ce qui touche la nullité ou à l'annulabilité spéciales des payements en matière de faillite.
145. But et caractère des art. 446, 447.
146. L'art. 447 est une loi moins soupçonneuse et moins sévère que l'art. 446 ; différence entre les deux dispositions; ce qu'est une dette échuo; explication du principe nº 89, alinéa 13, par des applications; espèco d'un acheteur qui s'est réservé la faculté d'escompte, ou qui a escompté en vertu d'un accord *ex intervallo* entre lui et son vendeur; nullité du payement; réfutation de MM. Locré et Massé.
147. Dans une vente au comptant, mais où le *comptant* emporte, suivant l'usage, un délai plus ou moins long, la dette acquittée *antè diem* n'est pas une dette échue; par suite, le vendeur venant à faillir depuis le payement, l'acheteur n'a pas valablement payé.
148. Explication de l'avant-dernière disposition de l'art. 446, ou du principe formulé nº 89, alinéa 14.
149. Malgré la sévérité de la loi des faillites en matière de payements, cette loi exige une interprétation rationnelle; exemple d'un payement valable, quoique non fait en espèces ou en effets de commerce; exemple d'un payement nul, quoique fait en espèces ou en effets de commerce; espèce où la Cour d'Orléans contrevient à l'esprit et au texte de l'art. 446.
150. Explication du principe formulé nº 89, alinéa 14; en quoi consiste la fraude prévue par l'art. 447; cet article mal interprété par un arrêt de la Cour de Dijon; son vrai sens solennellement fixé dans les chambres : effet de la nullité qu'il prononce; quelle doit être l'étendue de la réparation du préjudice causé.
151. Combinaison des art. 446 et 449; ces deux dispositions faites *ad tollendos fraudes;* ce qu'il faut entendre par *effets de commerce;* assimilation légale de ces effets aux *espèces monnayées*, en ce qui touche les payements habituels entre commerçants.
152. Quand, à quelle condition, le payement peut ou doit être annulé aux termes de l'art. 449; exemples de sommes reçues et rapportables; contre qui le rapport doit être demandé; du cas où, la traite qui a servi au payement du créancier étant fournie par son ordre et pour son compte, ce créancier ordonnateur ou son commissionnaire connaissait, au moment de l'émission, la cessation de payements du débiteur.
153. Quoique, dès avant le jugement déclaratif, le vendeur ait livré la chose, et que l'achetour ait payé en effets de commerce, la tradition peut n'être pas durable.

129. — Si le contrat est parfaitement exécuté avant le jugement déclaratif, et que l'exécution soit attaquée *pour fraude* (art. 446 et 447), il importe peu lequel est le failli, de l'acheteur ou du vendeur. Le fussent-ils tous les deux, la raison de décider serait toujours la même, et c'est pourquoi nous avons différé nos explications à cet égard. C'est donc sous le triple aspect indiqué *suprà*, n° 91, du contrat inexécuté, du contrat imparfaitement exécuté, ou parfaitement exécuté, qu'il nous faut envisager les contestations qui surgissent si souvent, tantôt entre la faillite de l'acheteur et le vendeur, tantôt entre celui-ci et la masse. Le présent paragraphe est donc, à bien dire, la contre-partie de celui qui précède.

Le vendeur non payé est-il en droit de retenir la marchandise? Peut-il, en certains cas, soit tenir la vente pour résolue de plein droit, soit exiger un cautionnement, pour sûreté de l'exécution? Quand l'acheteur a stipulé un terme, sa masse peut-elle, sans payer le prix, mais en offrant de fournir caution, exiger la chose, le jour convenu pour la délivrance? Que doit-il être jugé si, avant la faillite déclarée, l'acheteur était mis en demeure de retirer la chose? Que doit-on juger encore, s'il a manqué à sa promesse de payer à tel jour fixe en des valeurs de crédit, commerciales et déterminées? Le payement qu'il a fait, sachant que le vendeur avait cessé les siens, est-il toujours fait *en fraude?* S'il est toujours fait en fraude, est-il toujours nul, ou doit-il être annulé? Dans quelles circonstances la tradition qui lui a été faite avant le jugement déclaratif est-elle absolument nulle, ou seulement annulable, et quel sera l'effet de la nullité ou de l'annulation? Telles sont les principales difficultés qu'on se propose de résoudre par des applications raisonnées aux espèces suivantes, de certains principes précédemment formulés, notamment n° 80, alinéas 11, 13 et 14.

130. — Commençons par la première hypothèse, *contrat inexécuté.*

Je vends à Salomon, le 1er septembre 1852, sur le pied de 400 fr. l'une, les 10 barriques de sucre marquées J. Q.,

n° 30-40, que je lui montre dans mon magasin, rue Bergère, pour livrer et recevoir dans ce même magasin, le 10 du même mois. Mais, le 12, faillite de Salomon, la marchandise non livrée, le prix non payé. Quels sont les droits du vendeur, quels sont ceux de la masse?

Adoptez-vous le principe posé par la Cour de cassation (arrêt du 27 février 1828, V. à sa date, au *Journal du Palais*), que l'art. 1657 du Code Napoléon s'applique indistinctement à la vente commerciale et à la vente civile (1), la solution est simple. L'acheteur n'ayant pas retiré la chose à l'*expiration du terme convenu pour le retirement*, *la résolution s'est opérée à mon profit*, *de plein droit et sans sommation*. J'ai donc pu, dès le 11, revendre la marchandise, et, gagner, à l'exclusion de la masse, les 25 p. 100 dont le cours des sucres s'était amélioré.

Cette conclusion très-logique est indéniable. Au fond, son iniquité révolte, et M. Renouard a cent fois raison de dire : « L'art. 578 du Code de commerce est de toute justice. La loi « aurait violé l'équité si, faisant de la faillite une occasion de « bénéfice pour le vendeur, elle avait interdit à la masse le « droit de maintenir, en l'exécutant, un marché dans le- « quel elle trouverait des avantages. »

Mais comment s'y prendre pour soustraire les créanciers à cette énorme injustice. Grande est la difficulté, si l'on part du principe que la masse *représente* le failli ; car, dans ce système, si Salomon n'eût pas fait faillite, la résolution se fût opérée contre lui *ipso jure*, et jamais l'*ayant-cause* n'a plus de droits que son auteur.

Voici le moyen proposé par M. Renouard : c'est de supposer que notre art. 578 « suppose la résolution de la « vente, et légitime la rétention par cette résolution. »

Mais combien cet expédient est difficile à comprendre !

Résoudre un contrat, *v. g.*, une vente, c'est « remettre « les choses au même état que si l'obligation n'avait pas « existé » (art. 1183 C. N.) et conséquemment rendre au vendeur la libre disposition de sa marchandise. Au

(1) V. la réfutation de cet arrêt pour le cas où il n'y a pas faillite, t. 4, n°s 244, 254.

contraire, *retenir* a toujours signifié, en droit, garder la chose par devers soi, avec obligation de la livrer, si le prix en est offert. *Retenir*, dans l'art. 577, signifie donc, non pas que la vente est résolue, mais que le contrat subsiste.

Cette intention de la loi se manifeste avec plus d'évidence encore, s'il était possible, dans son art. 578. En effet, accorder au syndic « la faculté d'exiger livraison des « marchandises, en payant le prix convenu entre le ven- « deur et le failli », c'est maintenir leur convention, et dire clairement que le contrat qui s'exécute est le même contrat qui existait entre eux lors du jugement déclaratif.

Mais, si ce contrat ne subsiste plus, s'il est *résolu*, comme M. Renouard le dit, il en faut bien un autre qui préserve la masse de l'injustice que lui ferait subir l'application de l'art. 1657. C'est pourquoi, après avoir établi, p. 404, que « le bénéfice du terme doit, conformément à « la règle de l'art. 1613 du Code civil, être laissé à la « masse, si elle donne caution..... », le savant magistrat poursuit en ces termes : « Ce n'est plus le failli qui reste dé- « biteur, c'est la masse qui devient débitrice. L'art. 578 « permet, à le bien examiner, *un nouveau contrat*. En « exécution de la faculté qu'il donne, *une novation s'opère* « *dans la personne du débiteur*. Il y a équité dans cette solu- « tion qui n'est point contraire aux principes du droit, et « qui ne fait rien perdre au créancier vendeur, toujours « maître de discuter la caution. »

Cette théorie est pour nous incompréhensible.

Qu'une novation s'opère sans le consentement du débiteur, on peut le concevoir. Mais qu'un nouveau contrat se forme, qu'une nouvelle obligation se contracte, que la libération du failli s'opère *sans le consentement du créancier*, et que le nouveau contrat se trouve tout formé par cela seul que la loi, qui n'en parle pas, permettrait de le faire ! c'est ce qui ne parvient pas à notre intelligence ; et, si cela est conforme *aux principes du droit*, il faut reconnaître que rien n'y est contraire.

Par un autre système, M. Massé arrive aux mêmes conséquences. Suivant cet auteur (tome 5, n° 305), « l'arti- « cle 578 autorise une véritable expromission ; la masse

« des créanciers, représentée par les syndics, usant de la « faculté que leur confère l'art. 578, *se met au lieu et place « du failli qui est libéré*, et contracte envers le vendeur « *une nouvelle obligation* qui remplace l'obligation du « failli, *laquelle est éteinte*. — Il suit de là que le vendeur « ne peut opposer à la masse ou aux syndics qui ont exercé « la faculté que leur ouvre l'art. 578, les exceptions résul- « tant de la faillite, et qu'ils auraient pu opposer au failli. « Ainsi, le vendeur ne peut se prévaloir, vis-à-vis des syn- « dics, de l'art. 444 du Code de commerce, qui déclare « le failli déchu du bénéfice du terme : *le failli n'est plus « débiteur*, c'est la masse qui est débitrice, et à l'égard « des dettes auxquelles la masse est directement et per- « sonnellement obligée, il n'y a point d'exigibilité par le « fait de la faillite. Si donc la vente a été faite à terme, la « masse doit jouir du bénéfice du terme, à la charge seu- « lement de donner caution conformément à l'art. 1613 du « Code Napoléon. »

Certes, voilà un passage auquel on serait tenté d'appliquer en petit ce que le président Favre disait en grand des élucubrations d'Accurse : *In cujus glossâ magnâ non plura ferè sunt verba quàm errata* (*Ration.*, ad l. 1, *De act. empt. et vend.*, t. 5, p. 408, col. 1, édit. de 1663).

« L'*expromission* a lieu, dit Pothier (*Oblig.*, n° 548), « lorsque quelqu'un se rend, à ma place, débiteur de mon « créancier qui l'accepte pour son débiteur, et me décharge « en conséquence. » Que cela puisse être fait à l'insu et sans le consentement du débiteur, *transeat*. Mais une *expromission* qui se fait de par une loi muette à cet égard, une expromission que les parties ne contractent pas, et qui, à l'insu du créancier, décharge le débiteur de son obligation envers lui ! cela nous passe, et nous ne pensons pas qu'on puisse rien enseigner de moins conforme *aux principes du droit*.

131. — D'où proviennent tant de démentis donnés aux notions les plus élémentaires? De la fausse persuasion que la masse *représente le failli*. Dans ce système, en effet, si la vente s'est résolue de plein droit contre Salomon, faute de

retirement, il est conséquent de dire qu'elle est aussi résolue contre ses *ayants-cause*, et alors l'art. 578 n'a plus de sens; il faut un nouveau contrat. Mais, partez de ces principes que, administratrice *in rem suam* des biens du failli (art. 443), la masse ne le *représente* pas; que sa faillite est son seul *ayant-cause* nécessaire; que les droits de tous restent invariablement fixés dans l'état où ils étaient la veille du jugement déclaratif; enfin que, créancière collective par l'effet d'un *consortium* forcé, la masse « peut « exercer tous les droits et actions de son débiteur » (article 1166 C. Nap.), comme, hors le cas de faillite, un seul créancier le peut toujours, s'il le veut; nul besoin de nouveau contrat, et vous vous expliquez légalement, rationnellement, pourquoi la masse peut toujours exiger que le contrat soit exécuté; pour quel motif le vendeur n'a pas le droit d'en exiger l'exécution; tout cela, sans tourner dans un circuit de suppositions arbitraires qui heurtent tous les principes : *Leges ab inutilibus circuitibus abhorrent* (Casareg., Disc. 98, n° 8).

Maintenant, quel est le but de la *novation* ou de l'*expromission?*

Ce but est unique : c'est d'introduire en principe que, si le syndic exige livraison, et que le payement du prix ait été stipulé à terme, la masse doit jouir du bénéfice du terme, *en donnant caution*. M. Renouard fait bon marché de l'art. 1657, et M. Massé aussi, du moins en cet endroit (1), vu la criante injustice de son application à la masse. Mais ils ne démordent pas de l'art. 1613.

Eh bien ! la question que ces auteurs agitent, ou, pour parler plus juste, ce qu'ils mettent en question est textuellement décidé par la loi elle-même.

La marchandise est-elle en route, art 576, ou dans les magasins du vendeur à l'état de *rétention*, si le syndic veut avoir cette marchandise, qu'a-t-il à faire? Demandez-le à l'art. 578, ainsi conçu : « Dans le cas prévu par « les deux articles précédents, et sous l'autorisation du

(1) *En cet endroit*, car, dans son t. 4, n° 401, M. Massé soutient que l'art. 1657 s'applique aux ventes du commerce.

« juge-commissaire, les syndics auront la faculté d'exiger « la livraison des marchandises » (comment? à quelles conditions? au moyen d'un cautionnement? Non.) « en « payant le prix convenu entre lui et le failli. »

Ainsi, *dans les deux cas prévus*, le payement du prix est la condition *sine quâ non* d'une délivrance exigible. Or, la loi ne distinguant pas si la vente est à terme, ou sans terme, *nec nos distinguere debemus*.

Mais, dira-t-on peut-être, quand la loi donne au syndic la faculté d'exiger la délivrance *en payant le prix*, on doit l'entendre du prix payable *au terme convenu.*

Nous disons, au contraire, que, nonobstant le terme, il faut l'entendre d'un payement actuel ; que l'intention de la loi à cet égard est conforme à son texte, et qu'elle l'a ainsi voulu par deux considérations décisives :

La première, c'est que la privation du terme ne cause aucun préjudice à la masse, car jamais une masse n'exige livraison que quand la marchandise est en hausse du prix conventionnel. Or, elle peut toujours transférer ses droits à un tiers qui lui comptera la différence. C'est une pratique journalière (1). Quand la loi autorise ou exige une caution, elle a soin de le dire (art. 444, 2e alinéa).

En second lieu, il n'importe pas moins à l'intérêt public et au bien du commerce qu'à la masse de l'acheteur, et même aux créanciers du vendeur, qui lui aussi, peut être en faillite, que la liquidation soit générale, la plus prompte possible, sans retours éventuels sur les dividendes distribués, en un mot, irrévocable dans ses détails et dans son ensemble (V. *suprà*, n° 65, *in notis*). Cependant, quoi de plus propre à entraver la marche, à imprimer à ses résultats un caractère d'incertitude, que des engagements à terme, des cautionnements, des discussions de caution, des dations d'hypothèques, des réserves et autres dilatoires qui ne sont bons qu'à semer des procès dans un avenir inconnu, où il n'y aura peut-être plus ni faillite,

(1) Sur les places et dans les localités où l'usage accorde à l'acheteur la faculté d'escompter, le vendeur doit bonifier la masse de l'escompte.

ni masse, ni syndicat; tout cela, sans nécessité, sans utilité! Le seul moyen d'obvier à ce grave et multiple inconvénient était de supprimer le terme de payement du prix. C'est ce que l'art. 578 a fait et dû faire.

Dans le cas où le syndic n'use pas de la faculté d'exiger livraison en payant le prix, si le vendeur veut pouvoir disposer de sa chose en liberté, on a vu, *suprà*, n° **118**, ce qu'il doit faire, et par quelle raison il peut le faire.

132. — Mais un autre cas se présente assez souvent, celui d'une vente *à livraisons successives :*

Par exemple, si, le 1er janvier 1853, Jacques a vendu à raison de tant les 100 kilog., 200,000 kilog. de telle farine, livrables par dixièmes, fin de chaque mois, et que, après avoir reçu deux livraisons à crédit, l'acheteur soit déclaré failli le 1er mars suivant, Jacques est-il en droit, dès à présent, d'exiger que le syndic déclare son option pour la résolution présente ou pour l'exécution future de la vente?

Jacques peut dire : Déjà trop malheureux d'être pris dans la faillite pour 40,000 kilog. qui sont livrés, il faut absolument que je sache à quoi m'en tenir. M'approvisionner et faire moudre, sans l'assurance que mes livraisons seront reçues et payées, ce serait m'exposer à une perte énorme qui entraînerait ma ruine.

Ces motifs sont graves; l'équité y souscrirait, mais le droit des faillites les repousse. Le syndic peut répondre : la masse d'un acheteur failli opte toujours pour la résolution ou pour l'exécution, selon que, le jour fixé pour la livraison, le cours est en baisse ou en hausse du prix *convenu entre lui et le failli;* j'ai donc le droit d'attendre (art. 578). En effet, puis-je savoir aujourd'hui, 5 mars, quel sera le cours des farines le 31? En optant à l'aveugle, j'engagerais ma propre responsabilité.

Nous ne voyons pas de réplique. Certes, c'est une anomalie, résultat de la faillite qui en produit tant d'autres. Mais ce n'est pas dans les principes du droit civil qu'il faut puiser les principes de la législation commerciale.

Jacques devra donc préparer, et offrir, à terme, sa troisième livraison.

Mais si cette livraison n'est pas acceptée et payée, c'est alors que naîtra pour lui *contre la faillite*, même avec dommages et intérêts, l'action en résolution pour toutes les livraisons qui resteraient à faire, et voici la raison : bien que, sous certains rapports, une vente *à livraisons successives* implique autant de ventes que de livraisons convenues, néanmoins, toutes ces ventes partielles sont tellement liées les unes aux autres, que, en réalité, elles n'en forment qu'une ; et, vu son indivisibilité, quand un des anneaux de cette chaîne vient à se rompre, tout est rompu.

133. — Autre difficulté : Quand le prix est offert, que la chose doit être livrée *unâ traditione*, et que le terme de livraison n'est pas encore venu, on a demandé si le vendeur n'en était pas moins tenu de livrer.

Cette question, qui n'aurait jamais dû naître, se décide par le principe développé *suprà*, n° 67, que, sauf quelques exceptions, du nombre desquelles est celle introduite par l'art. 578, relativement au terme de payement du prix, « les droits de tous sont invariablement fixés par l'état où « ils étaient la veille du jugement déclaratif. » Le vendeur n'est donc pas tenu de livrer avant terme ; l'art. 578 ne le concerne pas. Il reste sous l'empire des règles du droit. D'ailleurs, très-souvent le terme est pour lui de toute nécessité. Par exemple, si, le 1er janvier, je vends à Jacques, *v. g.*, 1,200 chapeaux de telle forme ou de telle qualité, livrables le 15 mars suivant, et qu'il tombe en faillite le 15 février, je ne puis être contraint à livrer par anticipation. Il me faut le temps de fabriquer mes chapeaux.

Réciproquement, et c'est aussi une question qui n'aurait jamais dû naître, je ne pourrais invoquer l'art. 444 (1) pour exiger un payement anticipé. La raison est que la

(1) Art. 444. — « Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, « à l'égard du failli, les dettes passives non échues. »

délivrance de la chose est aussi bien la condition suspensive de l'exigibilité du prix, que le payement du prix est la condition suspensive de l'exigibilité de la délivrance (V. t. 4, n° 266). L'art. 444 suppose une créance dont le terme non échu suspend seul l'exigibilité, et, dans l'espèce, il n'y a pas encore de créance (V. le même numéro).

En dernier résultat, lorsque l'acheteur failli a stipulé un terme pour le payement du prix, et que le syndic exige livraison avant ce terme échu, les droits de la masse sont modifiés *jure mercatorio* (art. 578), *utilitatis causâ.*

Au contraire, les droits du vendeur contre la masse qui se fait *prenant-cause*, restent toujours tels qu'ils seraient contre l'acheteur lui-même, si celui-ci n'était pas venu à faillir.

Mais ses droits sont profondément modifiés par la faillite de l'acheteur, car il peut être forcé d'exécuter le contrat, et il n'en peut exiger l'exécution, subordonnée qu'elle est à une condition potestative de la part du syndic.

Dans tout cela, *nemini fit injuria.* En effet, si le syndic vient retirer la chose, le vendeur, alors même qu'il avait accordé un terme, réalise sa spéculation dès à présent. Au cas contraire, il *retient* provisoirement, puis fait résoudre avec dommages et intérêts, s'il y a lieu à dommages-intérêts, pour lesquels il est très-juste qu'il vienne au marc le franc comme les autres créanciers.

134. — Maintenant, *quid juris* si la demeure de l'acheteur est une demeure *ex personâ?*

Par exemple, le 1er avril 1853, je vends à Jacques, au prix de tant les 100 kilog., 10,000 kilog. sucre Jamaïque pour livrer et payer chez lui le 1er juin suivant. Le jour fixé, offre de la chose et refus de Jacques, qui, mis en demeure par une sommation, dépose son bilan dès le surlendemain, et est déclaré failli.

Peu de jours après, grande hausse, *v. g.*, de 20 p. 100, et les syndics de m'offrir le prix et d'exiger la chose, fondés sur ce que je me suis borné à constater la demeure, sans

déclarer mon choix ni alors ni depuis, et sans assigner en résolution.

Je réponds : Qu'avais-je besoin de déclarer mon choix, moi qui n'ai pas le choix? C'est à vous seuls que le choix appartiendrait, si je n'avais pas mis Jacques en demeure. Mais, sa demeure une fois constatée, les droits qui en résultaient pour moi m'étaient irrévocablement acquis. Or, que j'eusse demandé la résolution par une action principale, ou que je la demande en excipant contre la vôtre, peu importe. Qui pouvait demander, peut toujours exciper : *Quæ sunt temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

Ne confondons pas, répliquent les syndics. Sans doute, de la masse à vous, c'est à la masse que le choix appartient exclusivement entre l'exécution et la non-exécution. Mais, de vous à la faillite, le choix vous appartenait, et, en optant pour l'exécution, vous vous seriez fait autoriser à revendre sur place aux frais et risques de la faillite, dans laquelle vous seriez venu au marc le franc pour la différence en moins entre le prix de la vente et celui de la revente, ce qui, pour vous, eût mieux valu que la résolution, si le cours des sucres se fût abaissé, *v. g.*, de 20 p. 100. En outre, par l'effet de la mise en demeure, si les sucres fussent venus à périr, ils eussent péri pour la faillite, et vous n'en seriez pas moins admis au passif comme créancier du prix. En ne déclarant pas votre option, vous avez conservé des chances favorables. Il est donc très-juste que vous supportiez aujourd'hui une chance adverse.

Mais supposons un instant que vous ayez opté, et que vous l'ayez fait en temps non suspect, n'ayant pas demandé la résolution en justice, art. 1184 du Code Napoléon, vous seriez toujours tenu de livrer, car aussi longtemps qu'il n'est pas assigné, l'acheteur sommé peut purger sa demeure. Jacques le pourrait donc, s'il n'était pas venu à faillir. Il le pourrait encore, s'il était concordataire. Or, nous exerçons ses droits *dans l'état où ils étaient la veille du jugement déclaratif.* Mais, au fait, vous n'avez ni opté ni cité en justice pour ouïr prononcer la résolution. Vous ne pouvez donc plus la demander.

Les syndics doivent gagner le procès. Encore une fois, *sommer ne suffit pas; il faut opter soi-même et assigner* (V. *suprà*, n° 118).

Mais que faudrait-il décider dans la même espèce où je n'ai pas notifié mon choix, s'il eût été convenu que Jacques me réglerait en quelque valeur de crédit lors de la délivrance, *v. g.*, en une lettre de change de Salomon *sur et accepté* Jérémie d'Amsterdam, échéance du 1er juillet? Ayant trouvé cet effet dans le portefeuille, les syndics seraient-ils en droit, soit de me l'offrir endossé par eux à mon ordre, soit de me faire offre du prix, et d'exiger les sucres?

Il faut répondre négativement. Toute stipulation commerciale qui a pour objet un règlement en valeurs de crédit doit s'exécuter *ad diem et in formâ specificâ*. La raison est que ces sortes de stipulations sont toujours réputées se lier, et que presque toujours elles se lient, en effet, à des opérations ou à des besoins qui en ont été les motifs. Dans quel but ai-je stipulé du papier sur Amsterdam? Les syndics n'ont pas le droit de me le demander; je ne dois à personne le secret de mes affaires. Mais j'ai à dire, et cela suffit, qu'il ne m'était pas indifférent d'avoir la lettre de change le 1er mai, jour convenu pour sa remise, ou de ne l'avoir que quelques jours plus tard, et que, ayant stipulé du papier, je ne puis être forcé à prendre des espèces: *Omnia pacta et conventiones exactissimè observari debent*, cùm sint ipsius contractûs (Casareg., Disc. 22, n° 2).

La demeure est donc acquise *ex contractu*, et dès lors, libre à moi de demander la résolution avec dommages et intérêts (V. t. 4, n° 266).

135. — Jacques a vendu à Booz, marché ferme, 100 hectolitres d'amidon pommes de terre qu'il attendait de la Crimée par son brick *l'Oiseau bleu*, pour livrer du bord et payer à la livraison sur le pied du cours des amidons, le troisième jour avant l'arrivée du navire sur rade.

Le brick arrive, mais, dès la surveille, Booz était déclaré failli. Néanmoins, Jacques prétend que la masse doit se livrer et payer.

Refus du syndic, et assignation de la part de Jacques, qui établit ainsi sa demande :

C'est un principe incontesté, une jurisprudence uniforme, invariable, *certissimi juris*, que si le vendeur qui a vendu sous une condition suspensive vient à faillir, et que la condition s'accomplisse depuis, le failli ou ceux qui le représentent (c'est-à-dire, *les créanciers qui composent sa masse*) sont tenus d'accomplir les clauses de son contrat, lorsque ce contrat est parfait sous le rapport du lien, conséquemment de délivrer (1). Par parité de raison, dans les mêmes circonstances, si c'est l'acheteur qui est en faillite, le failli ou ceux qui le représentent sont tenus de payer et de se livrer : *Ubi eadem ratio, idem jus.* Que pouvez-vous opposer à cette conséquence consacrée par une jurisprudence uniforme, invariable, *certissimi juris?*

Ce que je puis opposer, répond le syndic? J'oppose que la jurisprudence, M. Troplong, M. Massé, et bien d'autres sont évidemment hors du vrai; que, créancier d'une chose, vous êtes un créancier du failli tout aussi bien, et ni plus ni moins, que les autres créanciers qui composent la masse, et auxquels des espèces sont dues en vertu de contrats pour le moins aussi parfaits sous le rapport du lien que votre vente perfectionnée par l'événement de la condition ; que, si la masse était tenue de livrer, vous seriez payé intégralement, tandis que les autres créanciers ne recevraient que 15 à 20 p. 100, peut-être bien moins, ce qui détruirait la loi d'égalité; en un mot, que la masse n'est pas forcément *ayant-cause* du failli; que sa *faillite* seule le représente, et que vous n'avez d'action que contre elle pour faire résoudre le contrat avec dommages-intérêts, ou pour vous faire autoriser à revendre sur place, c'est-à-dire, à exécuter la vente à ses périls et frais (V. *suprà*, nos 77 et 81).

Qui a tort ou raison de Jacques ou du syndic? *Lectoris erit judicium.*

(1) V. M. Troplong, *Vente*, t. 1, nos 54, 55, et M. Massé, t. 4, n° 335. Ce dernier auteur trouve la chose tellement évidente qu'il se borne à citer M. Troplong.



136. — Mais une autre espèce se présente, qui donne aussi lieu à beaucoup de litiges : quels sont les droits du vendeur dans la faillite de l'acheteur, *pendente conditione?* C'est un point qui veut être éclairci. L'on a vu, *suprà*, n° 121, ce qui concerne la condition résolutoire, et nous n'entendons pas y revenir. Il ne s'agit donc plus que de la condition suspensive, tantôt exprimée, et souvent sous-entendue, surtout dans le commerce (1).

Le 1er février 1853, Salomon vend à Jacques, au prix de tant le décalitre, tous les blés tendres que son navire *le Lutin* apportera d'Odessa, pour livrer du bord et payer à l'heureuse arrivée au port de Saint-Malo.

Le même jour, Jacques promet de prendre, à raison de tant les 100 kilog., toutes les avoines que Jérémie lui fournira dans l'espace de trois mois, sous la condition qu'au printemps prochain un régiment de cavalerie viendra tenir garnison à Napoléonville.

Faillite de Jacques avant l'événement de l'une et de l'autre condition, et de là double procès.

1° Salomon exige que la masse lui donne caution pour sûreté de l'exécution éventuelle du marché, à défaut de quoi il en demande, dès à présent, la résolution, non pas contre la faillite, mais contre la *masse* elle-même. Le syndic ayant conclu au déboutement pur et simple, Salomon fait plaider les propositions suivantes :

Il commence, bien entendu, par poser en principe que la masse *représente le failli;* que, *velit an nolit,* elle est son *ayant-cause,* et tout ce qui s'ensuit, comme il est dit dans le numéro précédent ; puis, après avoir invoqué un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1830 (V. à sa date *Journal du Palais*), il continue en ces termes :

Il n'est pas moins certain que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite; l'art. 1188 du Code Napoléon est formel.

Quoi de plus positif encore et de plus clair que l'art. 444?

(1) On peut en voir un bon nombre d'exemples, t. 4, nos 21 et suiv., nos 136 et suiv.

Par la faillite, toutes les dettes du failli deviennent exigibles.

Si tout cela est vrai, l'art. 1613 du Code Napoléon n'est-il pas d'une évidente applicabilité.

Enfin, Salomon achève sa défense en invoquant la doctrine de M. Massé, t. 4, n° 334 : « Si le débiteur venait à « tomber en faillite avant l'accomplissement de la condi« tion, le créancier pourrait contraindre la *masse* à lui « fournir caution pour l'exécution de la convention, le cas « échéant, parce que, sans cette caution, ses droits seraient « compromis par la distribution de l'actif qui lui sert de « gage. »

Quant au second procès, voici les prétentions respectives :

Un créancier sous condition suspensive, dit Jérémie, n'en est pas moins un créancier, et un droit éventuel n'en est pas moins un droit. *Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quâcumque actione..... sive purè, sive in diem*, vel sub conditione (L. 10, D., *De v. signif.*). Or, tel je suis. et tel est mon droit. Je puis donc intervenir dans la faillite, et participer à toutes les opérations. Sous quel prétexte l'entrée m'en serait-elle interdite? Que la condition s'accomplisse, et peut-être s'accomplira-t-elle dès demain, ma créance devient pure. Craint-on que la condition ne vienne à défaillir? J'offre une caution pour sûreté du recomblement de ce que j'aurai reçu. Ainsi, toutes les exigences seront satisfaites.

Le syndic répond : Vous êtes créancier, dites-vous. Qui le nie? Mais vous n'êtes créancier que conditionnellement. Eh bien! des créances conditionnelles ne sont que des espérances de créances *tantùm est spes creditum iri*, comme des ventes conditionnelles ne sont que des espérances de ventes, *tantùm est spes emptum et venditum iri.* Sans doute, dans la vente conditionnelle un lien de droit existe, non comme le dit M. Troplong (*Vente*, t. 1er, n° 55), que la vente soit *parfaite sous le rapport du lien de droit*, car une vente conditionnelle n'est parfaite, ou, plus exactement, il n'existe une vente, que quand la condition existe. Seulement les parties sont liées, *ultrò citròque*

obligantur, en ce sens qu'elles sont tenues d'attendre l'événement. Là est le lien de droit. Mais de vente, il n'y en a pas : *Conditionales autem venditiones tùm perficiuntur, cùm impleta fuerit conditio* (L. 6, D., *De contrah. empt.*). Et vous voulez prendre part aux distributions! concourir aux délibérations! Mais, si vous avez voté dans un concordat, et que la condition vienne à défaillir, que deviendra le concordat? Que deviendra-t-il surtout, s'il n'a été conclu qu'à la simple majorité légale? Votre proposition n'est pas raisonnable. En y réfléchissant, vous le sentirez vous-même. C'est à moi de vous offrir caution pour sûreté de votre dividende éventuel ; et, au-dessus de cette offre, je conclus à ce que vous soyez débouté.

Tel est le double procès, l'un à l'inverse de l'autre. Dans le premier procès, c'est un créancier qui veut contraindre la masse; dans le second, c'est la masse qui prétend contraindre un créancier à fournir caution des résultats inconnus d'une éventualité. Qu'a fait le juge? Dans l'un et l'autre procès, il a débouté les deux parties de leurs demandes respectives, et ordonné le dépôt à la caisse des consignations.

Le juge a bien jugé.

En effet, qu'est-ce qui peut légitimer le prétendu droit de Salomon à exiger caution? Le prétendu principe que la masse *représente* le failli, est son *ayant-cause*. Mais le principe contraire est démontré *passim* de plusieurs manières, et notamment *suprà*, nos 73, 76. La masse n'est qu'un *créancier collectif*. Or, qui oserait soutenir que le créancier individuel d'un débiteur quelconque est tenu de cautionner ce même débiteur à l'égard d'un autre créancier? Comment donc une agglomération de créanciers (la masse) serait-elle de pire condition? Est-ce que son nombre peut en changer le caractère? Salomon n'a d'action que contre la *faillite*, et il est absurde d'exiger qu'une faillite se fasse cautionner. Par conséquent, les art. 444 du Code de commerce et 1613 du Code Napoléon sont entièrement étrangers à la contestation.

Réciproquement, le créancier individuel ne pouvant forcer la masse à donner caution, comment la masse

pourrait-elle le contraindre à en accepter une? Pourquoi le créancier plutôt que la masse subirait-il cette contrainte, *et vice versâ.* « Le principe de la législation des « faillites est que ceux qui ont couru les mêmes chances « aient le même sort » (Berlier, lors de la discussion du liv. 3 C. comm.). Reconnaître un droit à un créancier, et le refuser à un autre créancier de la même catégorie, ce serait rompre le lien d'égalité qui les attache à la même fortune.

Le juge a donc sagement vidé le double litige. La solution n'en est textuellement écrite ni dans le Code Napoléon, ni dans le Code de commerce. Mais c'est une déduction analogique et très-logique des art. 168, 567, 568 du Code de commerce : *Non possunt omnes articuli singillatìm, aut legibus aut senatus-consultis comprehendi. Sed cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ità jus dicere debet* (L. 12, D., *De legib.*) Le dépôt ordonné sauvegarde tous les intérêts, et Sancho-Pança n'aurait pas mieux dit dans son île de Barataria.

137. — Jacques achète, le 1er mars, à Salomon, 100 pièces de vin, bon ordinaire, à 75 fr. l'une, payables après dégustation; et, le même jour, Salomon vend à Jacques, au prix de 10,000 fr., sa scierie mécanique. Convenu que le vendeur y continuera le débit de son approvisionnement de bois, jusqu'au 31 du mois, époque du payement, à défaut de quoi *la vente sera résolue.* Faillite de Jacques le 30, les liquides non dégustés, et le second marché à l'état complet d'inexécution.

Les vins étant en baisse, Salomon fait citer le syndic pour ouïr dire qu'ils seront dégustés *arbitrio boni viri,* et juger que la masse sera tenue d'en prendre livraison.

Ou bien, la marchandise étant en hausse, le syndic assigne, offre le prix et conclut à ce que les vins lui soient livrés, s'il les agrée après les avoir goûtés.

S'il est vrai, comme on n'en peut douter, que la vente des choses qui s'achètent au goût n'est parfaite qu'autant que la chose ait été goûtée et agréée (V. t. 4, nos 136 et

suiv.), et que, quand la masse ne se fait pas *prenant-cause*, elle n'est pas tenue d'exécuter les contrats du failli, la demande de Salomon est jugée. Il n'a d'action que contre la faillite, soit pour faire résoudre, soit pour faire exécuter le contrat avec dommages et intérêts pour lesquels il sera admis au passif.

Au contraire, la demande du syndic procède. Pourquoi ? Parce qu'il est toujours libre au créancier d'*exercer tous les droits et actions de son débiteur* (art. 1186 C. N.), en se soumettant à remplir les obligations corrélatives (V. *suprà*, n° 77).

Ainsi, tandis que, lié par sa promesse, le vendeur ne recouvre sa liberté qu'autant que le syndic renonce à une dégustation potestative de sa part, celui-ci est en droit de goûter et d'exiger livraison.

Mais n'est-ce pas une injustice criante? dira-t-on peut-être. Quoi ! plus de réciprocité dans la vente, contrat de bonne foi. C'est donc à tort quo l'on a dit jusqu'à présent *conventio dat legem contractui ;* il n'y a plus d'égalité.

Sans doute, il n'y a plus d'égalité ; mais ce n'est pas la faute de la masse. La cause unique de cette inégalité, c'est la faillite ; et, comme il est impossible de faire qu'elle soit solvable, puisque sa raison d'être est précisément son insolvabilité, en subissant la condition qu'il s'est faite, le sort commun de tous les créanciers, Jacques subit la plus inflexible des lois, la nécessité. Faut-il, pour l'y soustraire, imposer à la masse des obligations qu'elle n'a pas contractées ?

Mais, quand la masse se fait *prenant-cause*, on voit se rétablir la justice commutative, et avec elle l'égalité.

C'est un principe commun à la vente des choses qui s'achètent au goût, à l'essai, *vue dessus* et autres stipulations semblables, *si quæ fuerint*, que, lorsqu'un terme est convenu pour goûter, essayer ou voir, etc., ce terme est fatal. Après ce temps, plus de vente, ni d'achat (V. t. 4, n°s 155 et suiv.).

En ce qui regarde la vente de la scierie mécanique, Salomon a fait citer le syndic de Jacques pour en entendre prononcer la résolution, fondée sur ce que le prix n'en a

pas été payé le jour fixé par le pacte commissoire qui est exprès. Or, prétend-il, pas de distinction, quant à l'effet, entre la résolution proprement dite, et le pacte commissoire (V. t. 4, n° 296). J'aurais aussi droit à des dommages et intérêts; mais j'en fais remise à la masse.

Le syndic répond : La veille même de votre assignation, je vous ai déclaré par acte extrajudiciaire que la masse entend exercer les droits de son débiteur failli, art. 1186 du Code Napoléon, 578 du Code de commerce, et je vous ai fait offre du prix à deniers découverts. Vous l'avez refusé, et, pour motif de refus, vous avez prétendu, comme vous prétendez aujourd'hui, que le droit de faire résoudre la vente vous était irrévocablement acquis. Mais c'est une erreur. Jamais ce droit n'est acquis d'une manière irrévocable, que quand la demeure est *ex re*, ou *ex contractu*, à moins que l'assignation ne soit donnée avant l'offre du prix. Jusqu'à ce temps, le débiteur est toujours recevable à purger sa demeure. La masse, qui exerce ses droits, le pouvait donc également.

Au vrai, la faillite de Jacques est-elle en demeure? Assurément non, car pour que le pacte commissoire produise son effet, tienne lieu d'une sommation, il faut que la stipulation porte en termes exprès *sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme*, art. 1139 du Code Napoléon.

Et, dans ce cas même, la résolution ne s'opère pas de plein droit. Il faut avoir assigné avant l'offre du prix.

Votre demande ne se soutient donc pas, et la remise que vous offrez de vos prétendus dommages-intérêts n'a pas grand mérite.

Cette offre en a moins encore sous un autre rapport.

Vous savez très-bien que Roboam m'offre 12,000 fr. de la scierie mécanique, comme il vous les offrirait si, par impossible, votre demande était accueillie. Mais des dommages et intérêts n'en sont pas moins dus à la masse, pour le préjudice que vous lui avez causé en n'exécutant pas la clause par laquelle vous vous étiez obligé « à débiter dans l'usine votre approvisionnement de bois jusqu'à fin d'avril. » Au lieu de cela, le lendemain de la

vente, vos ouvriers ont été renvoyés, vous avez cessé tout travail, et il s'en est suivi que l'achalandage a disparu, perte, en quelque sorte irréparable, que les 2,000 fr. qu'on m'offre en sus du prix de la vente sont loin de compenser. Et encore, pourquoi me les offre-t-on? Parce que nos correspondances transatlantiques viennent d'être établies à Lorient. Je crois donc user de modération en concluant à une indemnité de 5,000 fr.

Le procès de Salomon est évidemment mauvais. Le syndic a cent fois raison en droit et en équité; car, comme le dit fort bien M. Renouard (V. *suprà*, n° 130) : « La loi « eût violé l'équité si, faisant de la faillite une occasion de « bénéfice pour le vendeur, elle avait interdit à la masse « le droit de maintenir, en l'exécutant, un marché dans « lequel elle trouverait des avantages. »

Cependant, si Salomon eût assigné deux jours plus tôt la faillite en résolution, après l'avoir mise en demeure, son droit était acquis. Cette mise en demeure d'une faillite qui ne saurait payer peut paraître étrange. Mais elle ne l'est pas plus que le protêt d'une lettre de change (art. 163), et la raison en est la même : *Il faut toujours constater le refus de payer*. D'ailleurs, un autre peut payer pour la faillite par intervention, *v. g.*, la masse qui veut se faire *ayant-cause*.

Doit-il être accordé des dommages et intérêts à la masse de Jacques? *Judicis erit arbitrium;* cela dépend de la manière dont le tribunal appréciera les circonstances. Il n'y a pas là-dessus d'autre règle.

138. — Vient actuellement l'hypothèse dans laquelle le vendeur ou l'acheteur a exécuté le contrat, soit parfaitement, soit d'une manière imparfaite. Les espèces qui suivent sont des applications du principe posé *suprà*, n° 88 et n° 89, al. 5. On y verra par quels ingénieux procédés l'intérêt du commerce et l'usage transfèrent quelquefois, de l'un des contractants à l'autre, le devoir de livrer et l'obligation de payer.

139. — J'ai remis à Jacques, mon acheteur à crédit,

un ordre de livraison de 400 litres huile d'olive marchande, sur Salomon, mon vendeur, fabricant ou non, ou mon commissionnaire, peu importe la qualité de celui par qui mon ordre devra être exécuté. Quelques jours après, mais avant l'échéance de l'ordre, faillite de Jacques; défense par moi à Salomon de livrer, sous peine de répondre du prix. Procès. Offre de Salomon de livrer à qui justice ordonnera. Question à juger : la marchandise est-elle entrée dans l'actif de la faillite?

Les traditions sont de fait; *traditio est facti, non juris et voluntatis*, avons-nous dit *suprà*, n° 89, al. 5. Nous avons dit aussi, t. 5, n° 107, qu'un ordre de livraison n'est pas une livraison, mais *un mode conventionnel de procurer la livraison.* Si ces principes sont vrais (et comment les révoquer en doute?), le procès est tout jugé. Je n'ai pas cessé un instant de posséder les huiles, ni d'en être le propriétaire. Le syndic ne peut donc les exiger qu'en rendant la masse *prenant-cause*, et en m'offrant le prix convenu entre le failli et moi (art. 578).

Dans cette espèce très-simple, l'ordre était limité à la personne de Jacques.

140. — Mais, comme on l'a vu, même n° 107, cet ordre aurait pu être créé au porteur, ou transmissible par la voie de l'endossement.

Supposons-le confectionné de l'une de ces deux manières, *v. g.*, au porteur. Jacques a revendu les huiles à Roboam, et lui a remis l'ordre. Mais, quand celui-ci se présente chez le délivrataire désigné, Jacques est en faillite, et des oppositions à la délivrance sont notifiées, tant de la part du syndic que de la mienne.

Roboam offre le prix à deniers découverts, maintient que je dois à mon ordre, et demande jugement exécutoire sur la minute qui me condamne à livrer les huiles, dont le cours est en hausse de 15 p. 100, sous peine de 10 fr. de dommages et intérêts par chaque heure de retard. De son côté, le syndic soutient que, Roboam ayant acheté du failli, c'est la faillite qui a droit à l'encaissement du prix offert; et, tout à l'inverse, je prétends que, ne m'étant pas dessaisi

par un simple ordre de livraison, de quelque manière qu'il soit conçu, j'ai conservé avec la propriété le droit de rétention (art. 577), et j'offre les huiles à qui me les payera, conformément à la décision qui interviendra.

Comment doit être jugée cette triple question, sur laquelle le Code Napoléon et le Code de commerce sont également muets? Par l'application d'un principe de droit que nous avons développé, t. 5, n°s 108 et suiv., en parlant des ventes qui s'exécutent sur *ordres de livraison, endossés* ou *au porteur*. Un tel ordre impose au confectionnaire, aux cédants, ou endosseurs successifs les mêmes droits et la même obligation qu'une lettre de change. Tous garantissent *in solidum* la livraison à quiconque sera porteur de l'ordre, le jour fixé pour la délivance. La raison est que tous ont successivement donné l'ordre de livrer. Ils en répondent donc *ut singuli et ut universi.*

Par conséquent, je ne serai pas, cette fois, recevable à dire, comme dans la première espèce, que l'ordre de livraison ne m'ayant pas dessaisi des huiles non livrées, je puis les retenir ou du moins opposer au cessionnaire de Jacques l'exception de non-payement que je pourrais opposer à Jacques lui-même, si celui-ci n'était pas en faillite. Ce n'est pas que je sois dessaisi des huiles. Jamais un ordre de livrer ne constitue la livraison. Mais toutes exceptions quelconques me sont interdites, ou plutôt, j'ai volontairement renoncé au bénéfice de l'art. 577, par cela seul que je me suis obligé à livrer au porteur de l'ordre, comme le confectionnaire d'un connaissement à ordre, d'une lettre de change, ou d'un billet au porteur s'oblige envers le porteur, *quisquis fuerit*, au payement de la somme, ou à la délivrance.

La seule différence entre la lettre de change et l'ordre de livraison au porteur ou endossé, c'est que le *quantùm* de la lettre de change ne varie pas, et que les prix de revente sont naturellement variables jusques et y compris la dernière revente. Ces variations sont, à bien dire, par rapport aux ordres de livraison ou *bons à livrer* (1), ce

(1) Ces deux locutions signifient la même chose.

que les changes et rechanges sont aux lettres de change. C'est pourquoi je suis tenu de livrer à Jérémie, pour le prix auquel il a traité, ce prix fût-il inférieur à celui de ma vente.

Comment et par qui se règlent et se soldent les différences résultant de la variété des prix, et de quelle utilité les ventes par ordres ou bons de livraison sont-elles au commerce? C'est ce qui est expliqué dans le numéro qui suit.

141. — A l'occasion des ordres de livraison, nous avons fait remarquer, t. 5, n° 107, *in notis*, une décision des juges consulaires de Marseille, contraire à la règle du droit, mais, nous n'en doutons pas, fondée sur l'usage. Voici un usage analogue suivi sur deux autres grands marchés de France.

En Languedoc et dans d'autres contrées, des propriétaires de vignobles qui n'en ont pas encore distillé les produits, et souvent même avant la récolte, ont l'habitude de leur chercher un placement anticipé à Paris et à Rouen. Pour cet effet, ils donnent commission à leurs correspondants de vendre *à livrer*, et presque toujours les ventes de ces futurs liquides à livraisons lointaines sont suivies d'un grand nombre de reventes (V. *Ann.* de M. Le Hir, 1853, p. 156).

Le jour convenu, en tout cas aux approches du terme de livraison, le premier vendeur délivre à son acheteur, sur une personne désignée, un bon de livraison (V. t. 5, n° 108), qui se transmet successivement de chaque acheteur jusqu'au dernier acheteur, lequel se livre, et paye au confectionnaire du *bon*, comme si la vente s'était traitée directement entre eux seuls; puis, les divers *bons à livrer* se centralisent dans la main du donneur d'ordre, vrai délivrataire de la marchandise, et c'est lui qui fait la liquidation entre les vendeurs successifs à chacun desquels il règle la différence, s'il s'en trouve, entre le prix de son achat et le prix de sa revente intermédiaires.

Le tribunal de commerce et la Cour de Rouen ont constaté l'existence de cet usage, et ils en ont reconnu la légalité, en ordonnant au dernier acheteur de payer au



premier vendeur, bien que le dernier vendeur fût tombé en faillite depuis son propre achat, et que son syndic prétendît droit au payement. Dans l'espèce, il est vrai, on a jugé que le marché du failli n'était qu'un jeu de hasard sur les trois-six. Mais cette circonstance n'inficie en rien la constatation de l'usage (1).

Tant que ceux qui ont pris part au marché restent tous *integri statûs*, le seul inconvénient que l'usage puisse avoir est qu'il se glisse des faiseurs de paris entre les contractants sérieux, et les tribunaux sont là pour réprimer cet abus. Mais qu'un vendeur intermédiaire vienne à faillir, est-il conforme au principe posé *suprà*, n° 88, que sa faillite perde l'encaissement du prix de la vente qu'il a faite?

Autre inconvénient : Par exemple, dans l'espèce où j'ai vendu mes spiritueux à Jacques qui tombe en faillite après sa revente à Pierre, lequel vient aussi à faillir depuis qu'il les a revendus à Job, si le contrat s'exécute, sauf la liquidation des différences, entre Job, dernier porteur, et moi seul, j'échappe à la faillite de Jacques, mon acheteur direct. Alors, l'effet de l'usage est le même que si Jacques eût délégué Pierre, et que si Pierre eût délégué Job à me payer. Or, ces délégations ou l'une d'elles a pu être faite *intrà dies proximos decoctioni* et conséquemment être nulle ou annulable (art. 446, 447).

Au premier aspect, ces objections pourraient paraître insolubles, car, comme nous l'avons établi, t. 5, n°s 107 et suiv., chaque vente a son vendeur, son acheteur, son terme de payement, ses conditions. Il n'y a de commun que la chose à livrer, et l'ordre de livraison qui oblige le donneur envers les acheteurs successifs. Or, selon la règle du droit, un vendeur n'a d'action que contre son propre acheteur, *et vice versâ*. Si l'on suivait cette règle,

(1) A Marseille, le même usage existe pour la vente des huiles. Mais, en matière de ventes de blé, s'il s'agit de reventes successives d'un même parti, l'opération s'y règle par *filière*, c'est-à-dire, le marché s'exécute au moyen d'ordres de livraison délivrés successivement par chaque vendeur à son acheteur, sur le vendeur antérieur. V. *Recueil de Mars.*, t. 19, part. 1, p. 18.

je ne pourrais donc demander payement qu'à Jacques auquel j'ai vendu, comme le syndic de Jacques ne pourrait s'adresser qu'à Pierre qui a acheté de ce failli.

Mais, *coràm publici commercii utilitate, omnes regulæ juris silere debent* (V. *suprà*, n° 64, *in notis*), et, comme on le verra bientôt, l'usage des ordres de livraison est pour le commerce d'une immense utilité. D'ailleurs, tout bien considéré, il n'y a pas ici violation, mais seulement déviation de la règle du droit. Chacun est censé connaître l'usage de la place sur laquelle il commerce, et l'usage approuvé fait loi : *Consuetudo non solùm vera legis interpres*, sed lex ipsa est (Casareg., Disc. 191, n° 42). En se conformant à l'usage, les parties en font la loi de leur contrat. Acheter et vendre, livrable en un ordre de livraison, c'est convenir, sous l'empire de cet usage, que, à moins que l'acheteur ne se livre directement chez le délivrataire, on ne sera que créancier ou débiteur d'une différence. Par les transmissions successives de l'ordre de livraison, les vendeurs et les acheteurs successifs se démettent en faveur du dernier porteur du droit de se livrer, et s'exonèrent de l'obligation de payer. Or, d'un côté, cette convention, qui lie *ab initio* la vente et toutes les reventes, ne peut être suspecte d'aucune fraude possible. D'un autre côté, les droits de tous sont invariablement fixés par l'effet du jugement déclaratif (V. *suprà*, n° 67). Nul motif donc pour que la faillite de l'un des acheteurs fasse obstacle à l'exécution de l'usage.

Quant à son utilité, elle est grande et de toute évidence. Au moyen des virements que cet usage autorise, plusieurs livraisons et plusieurs payements s'exécutent, en un seul moment, par un seul payement et une seule livraison : *Unâ et eâdem traditione et numeratione plures obligationes tolluntur, uno momento.* Quoi de plus favorable aux premières nécessités du commerce, le crédit, l'économie de frais et de temps, la multiplication des affaires et la célérité des libérations? C'est, en quelque sorte, une application de la vapeur.

Jusqu'ici, nous avons supposé que le délivrataire désigné par l'ordre a délivré. Voyons une espèce où il s'y refuse.

J'ai vendu au prix de 20,000 fr. mes alcools à Jacques; Jacques pour 22,000 fr. à Roboam; Roboam à Jérémie, pour 19,000 fr. Le jour indiqué par l'ordre pour la livraison, Pierre, délivrataire désigné, Jacques et Roboam sont tous les trois en faillite. Quels sont les devoirs et les droits réciproques?

Avant tout, Jérémie, dernier porteur, doit faire constater le refus de délivrer chez Pierre; puis, laissant de côté les faillis Roboam et Jacques, il me demande livraison; et, comme je dois à ma signature, je suis tenu de livrer. N'ai-je pas de la marchandise pareille et en même quantité, il faut, coûte que coûte, que je l'achète sur place, à moins de m'arranger de quelque autre manière avec Jérémie, *v. g.*, en lui tenant compte des 1,000 fr. de différence à son profit entre son prix d'achat et le prix de ma vente à Jacques; plus des 10 p. 100, soit 2,000 fr., dont le cours était en hausse sur mon prix de vente, le jour où la marchandise aurait dû être délivrée. J'aurai donc à lui compter 23,000 fr.; et, pour les 2,000 fr. de différence à son profit, Jacques viendra dans la faillite de Roboam au marc le franc avec les autres créanciers.

Mais supposez Jacques failli, et Roboam non failli, Jérémie peut s'adresser, soit à celui-ci, soit à moi, ou à nous deux solidairement, *uti voluerit;* et, s'il s'adresse à Roboam seul, Roboam a contre moi une action récursoire.

Ainsi, dans l'espèce d'un ordre de livraison valablement endossé, ou au porteur, si le délivrataire désigné ne délivre pas, il n'importe pour quelle cause, toute la responsabilité remonte au donneur d'ordre. La faillite de Jacques a donc contre moi une action en dommages et intérêts, puisque, le jour fixé pour la délivrance, le cours se trouvait en hausse du prix de l'achat fait par le failli.

Quant à mon droit personnel, il se réduit à entrer dans la masse de Pierre pour la valeur de la marchandise qui, s'il m'en était débiteur, constituait la provision de mon ordre; et de plus pour les 3,000 fr. que j'ai payés en sus de mon prix de vente.

Dans l'hypothèse où Pierre aurait délivré, la liquidation se ferait de la manière suivante :

Doit.			*Avoir.*
Jacques.......	20,000	de Jérémie.....	19,000
		solde..........	1,000
			20,000
Roboam......	22,000	du dito........	19,000
		solde..........	3,000
			22,000
Jérémie......	19,000	soldé..........	19,000

Ainsi Jérémie paye 19,000 fr., Roboam 3,000 fr., sur lesquels le premier vendeur retient 1,000 fr., et remet 2,000 fr. à Jacques.

Que les vendeurs et les acheteurs soient, si l'on veut, vingt ou trente fois plus nombreux, les devoirs, les droits et les recours seront toujours les mêmes.

Mais si, sur certaines places, pour certaines choses et en certaines circonstances, on laisse au commerce le droit de se régir lui-même par ses propres usages, *himself government* (V. t. 1, n° 266), il est aussi des cas où, toujours inflexible, la loi veut être obéie à la lettre (V. même tome, n° 276). C'est ce qui a lieu chaque fois que l'intérêt social se trouve en contact avec des intérêts privés. Alors, *major utilitas publica semper præfertur minori* (V. *suprà*, n° 99). En voici un exemple emprunté au *Recueil de Marseille* :

142. — Vente par Salomon à Jacques de 600 sacs cafés Rio, chargés à Rotterdam sur le navire *Stad-Edem*, au prix de 60 fr. les 50 kilog., pour livrer et recevoir *à l'entrepôt*, à l'heureuse arrivée du navire, marchandise vue.

A l'arrivée, le vendeur fait sa soumission en douane. On procède au débarquement ; les sacs sont pesés à quai par des préposés, enlevés par les portefaix de l'acheteur, et portés dans un des magasins de l'administration, qui lui en remet une clef ; mais nul transfert régularisé.

En cet état des choses, Jacques est déclaré failli. Question : le vendeur a-t-il livré ? En d'autres termes, est-il dessaisi de la propriété des cafés (1)?

Qui pourrait, dit le syndic, contester l'une ou l'autre de ces propositions. La transmission de la propriété peut-elle être révoquée en doute, en présence des art. 1583, 1585 du Code Napoléon ? Nier la livraison, ce serait nier l'art. 1606 du même Code. Or, en fait, la marchandise a été vue et agréée par Jacques, pesée avec son concours, enlevée par ses portefaix, et transférée dans un magasin de la douane, dont une clef lui a été remise. A quels signes reconnaître la délivrance, si de pareils faits n'en constituent pas une.

On objecte l'absence d'un transfert; mais ce transfert n'est qu'une formalité fiscale, réglant les rapports de la douane avec le propriétaire ou le détenteur de la marchandise, et sans influence aucune sur les transactions commerciales. La vente est donc consommée, indépendamment de ce transfert.

C'est, en effet, ce que jugent le tribunal de commerce de Marseille et la Cour d'Aix (2).

Nous n'en persistons pas moins à penser (V. t. 5, n°s 50 et suiv.) que cette jurisprudence a consacré une erreur. En voici la preuve.

La vente d'une marchandise en *entrepôt* n'est pas une vente pure et simple; sa perfection, disons mieux, son existence est subordonnée à la condition suspensive *si la douane agrée la substitution de l'acheteur au lieu et place du vendeur* (V. t. 5, n° 57). Par conséquent, la vente ne devient parfaite qu'autant que la douane agrée cette substitution. Or, pas de vente, pas de livraison possible *ex causâ venditi;* et point de tradition, point de transport de la propriété. Il n'est donc pas vrai que la vente d'une marchandise en entrepôt n'ait rien de commun

(1) Dans l'espèce, le vendeur se bornait à conclure à ce qu'il fût dit qu'il avait la rétention, et qu'il fût ordonné au syndic de lui remettre la deuxième clef du magasin.

(2) *Ann.* de M. Le Hir, 1852, 2, 178. Tribunal de commerce de Marseille, 28 janvier 1851. Cour d'Aix, même année.

avec le transfert en douane et que l'exécution du contrat en soit indépendante. Le contrat de vente n'existe, l'exécution n'en est possible, que si l'administration, ce qu'elle peut faire ou refuser, accepte la soumission de l'acheteur, et qu'il en soit fait écriture par le receveur principal (V. t. 5, nos 59, 66, 67). En douane, *contrahitur litteris ;* le principe s'y observe à la rigueur.

En second lieu, par l'effet même de l'entrepôt, une marchandise en entrepôt n'est pas susceptible d'une livraison effective, matérielle; car, ou la marchandise est prohibée, et le déplacement en est impossible si ce n'est pour la réexporter, ou elle est soumise à des droits, et l'on n'y peut toucher que ces droits ne soient payés. Il y a plus : une marchandise, si elle est prohibée et entreposée, n'est pas réputée être en France. On ne peut donc en faire une tradition effective qui la lancerait dans la circulation commerciale (V. t. 5, n° 53); et ce serait faire un étrange abus de l'art. 1606 que de l'appliquer à un ordre de choses qu'il n'est pas destiné à régir.

Cependant, quel est le but principal de l'entrepôt? De faciliter aux nationaux le commerce des marchandises étrangères. L'entrepôt est, avant tout, une institution commerciale; c'est là sa première mission. Or, le commerce de ces marchandises n'est possible qu'autant qu'elles puissent être vendues et livrées. De là la nécessité d'introduire un moyen de mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur, ainsi et de la même manière qu'elle était à la disposition du vendeur. Voilà pourquoi le transfert en douane. Mais ce transfert ne peut s'opérer que par un triple consentement : celui du vendeur qui se substitue l'acheteur, et demande décharge de sa soumission ;

Celui de l'acheteur, qui, pour être mis à la place du vendeur, offre une nouvelle soumission ;

Enfin, celui de la douane, qui agrée l'acheteur et décharge le vendeur.

Cela posé, le transfert implique novation, et la Cour d'Aix (8 avril 1851) en a méconnu la nature et l'effet, en jugeant que la vente est complète, indépendamment de la régularisation du transfert. Pourquoi complète? Parce

que, dit la Cour, l'acheteur peut opérer le transfert, *sans l'intervention du vendeur, par le seul consentement de la douane acceptant la soumission de cet acheteur, fît-elle brèche à sa règle ordinaire.*

Non ; la règle de la douane est d'exiger une déclaration signée de l'acheteur et du vendeur ; mais, fît-elle *brèche à cette règle* (supposition que nous n'admettons pas), le transport ne pourrait s'opérer sans l'intervention du vendeur. Car, lorsque la perfection d'un acte requiert le concours de trois parties, *nil actum dicitur*, si deux parties seulement y concourent. Aussi la douane exige-t-elle toujours la double déclaration du vendeur et de l'acheteur. Comptable et responsable envers l'un, elle se garderait bien d'une complaisance officieuse, et d'ailleurs inefficace, pour l'autre.

Revenons à notre espèce. Quand Jacques fut déclaré failli, nul transfert en douane n'était régularisé. Les cafés en entrepôt continuaient d'être au débit de son compte ; la douane n'avait ni déchargé sa soumission, ni accepté celle de Salomon. Jacques restait donc toujours propriétaire et détenteur de la marchandise. En un mot, la condition suspensive de la vente ne s'était pas accomplie. Il n'y en avait donc pas. Jacques n'avait donc pas livré, et c'était le cas d'appliquer la règle établie *suprà*, n° 88, d'après laquelle *la chose dont le vendeur failli n'a pas fait la tradition avant le jugement déclaratif, le prix payé ou non, reste sa propriété, et le gage commun de tous ses créanciers* (1).

143. — Selon que la tradition était ou n'était pas faite lors du jugement déclaratif, tantôt le vendeur non payé peut ou ne peut pas retenir la chose, art. 577, ou la revendiquer en route, art. 578 ; tantôt l'acheteur en devient propriétaire, même le prix non payé ; tantôt enfin, le vendeur en conserve la propriété, alors même qu'il en

(1) Quel est le sens de ces mots *gage commun?* Ils signifient que tous les créanciers ont la chose pour gage, à titres égaux, ce qui est négatif de tout droit individuel de préférence.

a reçu le prix. Nous ne prétendons point que cela soit conforme au Code Napoléon, qui, suivant certains auteurs, suffirait à régir toutes les affaires commerciales ou autres. Nous nous bornons à dire, *tel est le droit des faillites.*

C'est pour expliquer, en ces diverses occurrences, les obligations actives ou passives du contractant non failli et de la masse dans la faillite de l'autre contractant, que nous avons successivement envisagé la vente à l'état complet d'inexécution, puis, au point de vue de son exécution imparfaite, c'est-à-dire, d'une tradition inefficace, ou insuffisante par elle-même, *inchoatæ traditionis*, et nous avons enseigné quand et comment l'usage vient réparer cette imperfection. Nous voici enfin à la quatrième et dernière hypothèse, *le contrat parfaitement exécuté de part et d'autre.*

Or, ce qui constitue la parfaite exécution d'une vente est su de tous : c'est le payement du prix et le payement de la chose (la délivrance) (V. *suprà*, n° 84).

En quelles circonstances l'un ou l'autre de ces deux payements est-il annulable ? Il n'est guère de faillites où ces questions ne soient pas agitées, parce que, si la vente est essentiellement indivisible, il en est autrement de l'exécution. L'on conçoit très-bien qu'un des payements puisse être nul ou annulé, en même temps que l'autre subsiste.

Il en est dit quelque chose, *suprà*, n°s 7 et 8, pour enseigner en quoi la faillite et la déconfiture conviennent ou diffèrent, et l'on a vu que l'ancien principe érigé en loi par l'art. 1167 du Code Napoléon a cela de commun avec la loi du commerce, que tout *acte* (ce qui comprend les payements et décharges) doit être révoqué, à quelque époque qu'il ait été fait, s'il a été concerté en vue de frustrer les créanciers actuels ou même *des créanciers à venir.*

144. — Mais, quant à la nullité ou à l'annulabilité spéciale des payements en matière de faillite, c'est un tout autre système. L'économie de la loi est fondée sur les distinctions suivantes :

La dette de la chose ou du prix a-t-elle été payée *avant*

son échéance, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de payements du débiteur, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, (art. 446, alinéa 1er)?

En supposant la dette du prix *échue*, mais payée depuis la même époque ou dans les dix jours précédents, le payement s'est-il fait, soit en espèces, soit en effets de commerce, ou a-t-il été fait en quelques autres valeurs (même art. 446)?

Le créancier qui, dans le temps intermédiaire entre la cessation de payements du débiteur et le jugement déclaratif, a reçu le payement du prix ou de la chose à son échéance, savait-il ou ne savait-il pas que celui qui le payait avait cessé de payer ses autres créanciers (article 447)?

Et nous ajoutons : si la dette du prix a été payée *à l'échéance*, l'a-t-elle été suivant le mode déterminé soit par la convention constitutive de cette dette, soit par l'usage, auquel cette convention se serait tacitement référée?

145. — Avant tout, pénétrons-nous bien du but et de la nature des art. 446 et 447. Leur objet commun est de prévenir, s'il était possible, jusqu'aux tentatives de payement qui iraient à favoriser un créancier au préjudice des autres créanciers. C'est pourquoi l'art. 446 en prononce la nullité despotiquement, inexorablement, dans tous les cas qu'il a prévus. On ne trouve pas de ces lois au Code Napoléon, d'après lequel, art. 1116, *le dol ne se présume pas, et doit être prouvé.* Ici, au contraire, la peine due à la fraude prouvée est encourue, non-seulement sans qu'il en existe des preuves, mais, bien plus, sans que la bonne foi soit admise à faire entendre les siennes: *non est audienda.* L'art. 446 est donc éminemment une loi contraire à l'équité, et qui, par cela même, doit être exécutée à lettre (*suprà*, n° 90). Cette loi aboutira, sans doute, à plus d'une injustice relative. Le législateur le savait; il en a exprimé ses regrets. Mais *necessitas facit licitum, quod aliàs esset illicitum* (Casareg., Disc. 36, n° 26). Quel autre moyen, en effet, d'assurer *un sort égal*

à tous ceux qui ont couru les mêmes chances? (V. *suprà*, n° 64, *in princ.*) Cette consolation était due au crédit trompé dans son attente, et le crédit à la personne est une considération commerciale d'un ordre tellement élevé, que nulle autre considération n'a la priorité sur elle : *Major utilitas publica semper præfertur minori.*

Ce n'est pas tout : Le même art. 446 imprime, en quelque sorte, un caractère de fraude à un fait qui, en soi, n'a rien de frauduleux. Par exemple, si, dans l'intervalle qui sépare votre cessation de payements et le jugement déclaratif, ou même dans les dix jours qui ont précédé la cessation reportée, j'ai reçu de vous le payement d'une chose ou d'une somme légitimement due, mais dont l'échéance n'était pas encore arrivée, ce payement est de toute nullité.

Réciproquement, si, dans les mêmes circonstances, je vous livre une chose ou vous compte une somme avant l'échéance, ce payement est nul et sans effet relativement à votre masse, et je suis tenu de payer à votre faillite la somme ou la chose, comme si je ne vous eusse rien payé. Cependant, tout serait valable s'il s'agissait de déconfiture, parce que, dans le droit civil, *jura vigilantibus subveniunt* (V. *suprà*, n° 7), et que, en recevant mon dû, ou en acquittant ma dette, même avant terme, je n'ai rien fait contre la loi naturelle à laquelle la loi civile est conforme en ce point. En un mot, *in rei veritate*, il n'est jamais injuste qu'un créancier légitime soit payé (V. *suprà*, n° 7). Pourquoi donc la nullité du payement reçu, et cette obligation de rapporter ou de payer deux fois? Par la double raison qu'en général les commerçants ne payent pas avant l'échéance, et qu'il n'est pas *absolument impossible* que nous eussions connaissance, vous, de ma cessation de payements, moi, de la vôtre. C'est, en matière de faillite, une suspicion de la même nature que celle des art. 365 et 366, en matière d'assurance. C'est, en un mot, la mise en action du principe déjà cité de Casaregis, *suprà*, n° 124 : *Statutum editum ad removendas fraudes, æqualiter considerat potentiam et actum.*

Mais, quelque stricte que doive être, en cette matière,

l'application de la loi, il faut toujours l'entendre d'une application rationnelle (V. *suprà*, n° 95). C'est encore le précepte de Casaregis : *Statutum præcipiens* quòd verba intelligantur ad litteram, *non excludit intrinsecam et* rationabilem interpretationem (Disc. 28, n° 85).

146. — Notre loi des faillites est bien moins soupçonneuse, et beaucoup moins sévère à l'égard du payement de la dette échue que de la dette non échue. Si la dette est échue, et que le créancier ait connaissance de la cessation de payements du débiteur, le payement n'est pas nul *ipso jure*, comme il le serait, si la dette n'était pas échue, art. 446. Seulement il peut être annulé, art. 447. Grande est donc la différence entre les deux dettes. Or, cette différence, on la fait quelquefois avec plus de difficulté que de facilité.

Une dette échue est une dette que le créancier avait le droit d'exiger en justice, ou, ce qui revient au même, que le débiteur pouvait être forcé de payer, le jour où le payement en a été fait et reçu : *Debitor intelligitur is à quo invito exigi pecunia potest* (L. 108, *De v. sign.*). C'est à quoi se rapporte le principe formulé *suprà*, n° 89, alinéa 13. Expliquons-le par des applications :

Jacques a acheté à Salomon des marchandises facturées, payables à 90 jours, avec faculté d'escompte à 2 p. 100, suivant l'usage de la place. De plus, il lui a réglé le prix d'une autre facture, en ses billets aussi payables à 90 jours. Dans le mois qui a suivi le jour de la première vente, Jacques a usé de la faculté d'usage, et, en vertu d'un accord postérieur à la seconde vente, il a aussi escompté ses billets. Mais, avant l'expiration du terme, Jacques est déclaré failli. L'un des deux payements ou tous deux sont-ils annulables?

Ils ne sont pas annulables; ils tombent directement sous l'application de l'art. 446, et sont nuls de plein droit. Dans le premier cas, ni par l'usage, ni par la convention, l'escompte n'était ni un droit pour Salomon, ni un devoir pour Jacques. C'était une simple faculté laissée à ce débiteur *à quo invito pecunia exigi non poterat*. Or, Jacques

n'a-t-il pas pu en user pour favoriser Salomon au préjudice de ses autres créanciers? Salomon n'a-t-il pas pu exercer sur lui une contrainte morale? Au second cas, l'escompte qui a eu lieu était l'exécution d'un pacte en dehors de la convention *qui avait créé la dette*, et il n'est pas impossible que ce pacte, convenu *ex intervallo*, ait été concerté en vue de la faillite. Or, en cette matière, *de potentiâ ad actum valet consecutio*.

Le vendeur dirait-il avec M. Locré, art. 446, qu'il n'a pas reçu avant l'échéance; qu'il a fait un pacte nouveau changeant les conditions primitives, et assurant au débiteur les avantages de l'éscompte : il prononcerait lui-même sa propre condamnation; car c'est précisément ce pacte nouveau qui a pu être un instrument de fraude. Sans cela il n'y en aurait pas eu de possible, et Salomon serait venu dans la faillite à l'égal des autres créanciers. Le nouveau pacte autorise, art. 446, à suspecter une fraude, et c'est le cas de la règle : *Conjectura etiàm unica sufficit ad probandam fraudem in materiâ de per se suspectâ* (Casaregis, Disc. 209, n° 44).

Salomon objecterait-il encore avec M. Massé (t. 3, n° 270) que l'escompte fait par l'acheteur suivant l'usage n'a en lui-même rien de nécessairement frauduleux; que c'est une opération qui, réduite à ses termes simples et naturels, est légitime, on répondrait : La question n'est pas de savoir si l'escompte, que l'usage ou la convention autorise, est une opération légitime. Après tout, qui en doute? Mais l'exercice, *intrà dies proximos decoctioni*, d'une simple faculté laissée au débiteur, ou le changement, dans la même circonstance, du mode de payement déterminé par la convention primitive, peut-il devenir un moyen, une occasion de fraude? Voilà de quoi il s'agit. Or, la *possibilité* est ici manifeste, et le double payement est nul, fût-il aussi clair que le jour qu'il a été fait et reçu sans fraude : *Ubi aliqua lex vel statutum..... editum fuit* ad removendas fraudis occasiones, *comprehendit etiàm casum in quo constaret* nullam fraudem fuisse commissam (Casareg., Disc. 8, n° 12).

Changeons l'espèce : Aux termes de leur contrat, Jac-

ques a réglé en ses billets la facture de Salomon. Mais il était aussi convenu par le même contrat que, les billets n'étant pas négociables, ils seraient escomptés dans le mois à 2 p. 100. L'art. 446 atteint-il ce payement effectué depuis la cessation de payements, inconnue au créancier, et avant le jugement déclaratif? Évidemment non, et voici pourquoi : Le contrat qui avait créé la dette imposait au débiteur le devoir d'escompter, et donnait au créancier le droit de l'y contraindre : *Debitor is est à quo invito pecunia exigi potest*. Or, *per rerum naturam*, il est de toute impossibilité que, qui paye sa dette, ou reçoit son dû légitime et actuellement exigible *ex contractu*, attente ou fasse fraude aux droits de qui que ce soit.

La différence entre la précédente espèce et celle-ci provient, comme on le voit, de la différence des pactes sur le mode de libération. Dans la première, un pacte postérieur au contrat, et conclu en temps suspect, a changé le mode de payement, convenu *in principio*, et ce changement, tout permis qu'il était, n'en a pas moins rendu la fraude possible. Dans la présente espèce, l'accord sur le mode de payement, tel qu'il s'est exécuté, est inscrit au contrat, *contractui inest*, ou il en est une suite obligée, *nascitur ex contractu*. On ne peut l'en séparer; il en est une partie essentielle (V. t. 2, n° 338). Le payement ne peut donc être une fraude que si la convention elle-même en est une. Or, l'espèce suppose que la loyauté du contrat n'est pas suspectée.

Autre espèce : Vente par Salomon à Jacques de 10 pièces trois-six pour 400 fr. l'une, payables à six mois. Quelques jours après, Jacques vend ou consigne à Salomon 50 pièces de toile, cotées 100 fr. l'une, avec ou sans convention d'en imputer la valeur sur le prix de son achat; ou bien il fait à Salomon une délégation, un transfert de créance sur Jérémie, ou il lui a endossé des effets à courte échéance, acceptés William de Londres, sauf règlement d'escompte. Faites abstraction de la faillite de Jacques, ces opérations, et tant d'autres qu'il est facile d'imaginer, seront toutes légitimes. Mais qu'elles aient

été conclues depuis la cessation de payements, toutes sont atteintes par l'art. 446. — Ne peuvent-elles pas, en effet, avoir eu pour but le payement d'un créancier *in fraudem aliorum creditorum*? Or, cette simple possibilité suffit : *Licèt in aliquo actu* fraus desit, *intelligitur tamen comprehensus sub lege prohibente illum fieri* ad tollendas fraudes (Casareg., Disc. 8, n[os] 5, 12). Donc, la faillite étant survenue, Salomon rapportera les 4,000 fr., prix de sa vente, de quelque manière que Jacques lui ait payé cette somme (V. *suprà*, n° 84).

En outre, Salomon doit à la faillite le montant de son achat de toiles, ou le compte de la consignation, sauf remboursement de ses frais et débours en qualité de commissionnaire.

Retenant la même espèce, modifiez encore les clauses primitives : lors de la vente des alcools, il fut convenu que, dans la première quinzaine, le prix en serait réglé en traites sur Paris acceptées, ou bien que Jacques consignerait à Salomon, pour les vendre, des cotons attendus de jour en jour, sauf à régler ensuite. Le marché s'exécute, puis survient la faillite de Jacques. Nulle influence de cette faillite sur le payement. Pour quel motif? C'est que le payement est normal, et fait dans les conditions convenues par le contrat qui a créé les droits et les obligations des contractants. Ces conditions n'ont pas changé: le contrat était pur de fraude; donc aussi le payement.

147. — Il est des localités où certaines marchandises, dites achetées *au comptant*, ne sont pas payées *compté-comptant*, et où cette espèce de comptant emporte un délai plus ou moins long, *v. g.*, trente ou quarante jours (1). Ce n'est là qu'une fiction en vertu de laquelle le prix non payé ne porte pas d'intérêts. En réalité, une telle dette est une dette non échue : *A debitore exigi invito non potest*. Si donc elle est acquittée *antè diem*, et que, depuis le payement, le vendeur vienne à faillir, tant pis pour l'acheteur; c'est comme s'il n'avait rien payé : *iterùm solvet*.

(1) V. t. 5, n° 222.

148. — L'avant-dernière disposition de l'art. 446, qui frappe de nullité le payement d'une dette même échue, s'il n'est pas fait *en espèces ou en effets de commerce*, demande aussi des explications. C'est pour ce cas que nous avons formulé le principe énoncé *suprà*, n° 89, alinéa 13.

Une dette échue étant une dette que le débiteur peut être forcé de payer actuellement, le payement qu'il en fait à l'échéance n'éveille aucun soupçon de fraude, pourvu que ce payement soit conforme aux habitudes commerciales, *ei quod plerumquè fit*. Sans doute, il est très-permis de payer par vente, échange, dation *in solutum*, compensation, cession, novation, etc..., et ces payements sont aussi libératoires que si la somme eût été numérée, ou la chose livrée (V. *suprà*, n° 84). Mais, dans ses transactions journalières, dans son usage habituel, quel est le courant ordinaire du commerce? On paye en espèces ou en effets de commerce. Tout autre mode est un mode accidentel, exceptionnel. Effectivement, contre une dette acquittée par délégation, compensation, novation. etc., il s'en paye plusieurs milliers en papiers ou en numéraire.

C'est de ce fait notoire que le législateur est parti. C'est ce même fait qui sert de base à la disposition de la loi. Le payement est-il anormal et a-t-il été fait depuis la cessation de payements, par cela seul, il est nul. Peut-être ce payement est-il sincère et loyal; mais, il n'est pas impossible qu'il cache une fraude, et il n'en faut pas davantage, car, encore une fois, en cette matière, *de actu et de potentiâ idem fit judicium*. Peu importe donc que la dette fût *échue*.

Peu importe encore que l'opération ait eu lieu entre les parties elles-mêmes, ou qu'elle ait été conclue par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire, d'un *nuntius*. Il n'est pas impossible que cet agent intermédiaire ait été, à son insu ou avec connaissance, l'instrument d'une fraude. D'ailleurs, il est de principe que le mandataire est réputé connaître ce que le mandant connaît, et réciproquement. Cette règle n'admet pas d'exception, surtout en matière de faillite : *Scientia domini præjudicat sibi, licèt ejus procurator in contrahendo eam non habuerit*

(Casareg., Disc. 8, n° 19); et c'est par erreur qu'un arrêt de rejet du 3 août 1847 a jugé le contraire.

149. — Mais, quelque sévère que soit la loi des faillites en fait de payements, elle exige, avant tout, une interprétation rationnelle (V. *suprà*, n° 90) : *Admittit intrinsecam et rationabilem interpretationem.* Si donc, en exécution d'un traité conclu entre nous, je vous ai fourni des cuirs bruts dont vous m'avez payé le prix en cuirs œuvrés, il faut dire avec la Cour de Lyon, arrêt du 31 décembre 1847, que ce payement est valable, quoique non fait *en espèces ou en effets de commerce.* C'est dans son intention, dit Dumoulin, et il le dit avec raison, que la loi consiste : *Mens est esse legis.*

Cela est si vrai qu'en certaines circonstances, un payement conforme à la lettre de l'art. 446 devrait être déclaré nul pour violation de cette loi.

Par exemple, Salomon vend à Jacques cinquante barriques vin de la dernière récolte. Convenu que le prix en sera payé en telles marchandises, à due concurrence, et à 10 p. 100 au-dessus du prix de la facture des vins. A l'échéance, un nouveau mode de payement est consenti, en vertu duquel Jacques paye *en espèces ou en effets de commerce.* On ne peut pas mieux se conformer au texte de la loi. Mais interrogez son esprit, son intention. Est-il impossible que ce payement soit un prétexte, un moyen, une occasion de fraude? Nous ne dirons pas : cela est frauduleux ; mais nous disons : il n'est pas impossible que cela le soit : *In tali casu, intrat regula quòd ad removendas fraudes, idem judicandum est de potentiâ ad actum, quod de ipso actu* (Casareg., Disc. 8, n° 5).

D'un autre côté, il ne faut pas qu'un fantôme d'équité, *æquitas cerebrina*, s'érige en interprète de l'art. 446. *Stulta videtur sapientia quæ lege vult sapientior videri*, nous dit d'Argentré. Voici une espèce où ce principe a été méconnu :

Créancière de Rozier, banquier, de 4,000 fr., argent prêté sur billet, la veuve Chavanon reçut à l'échéance (18 janvier 1850) son payement en une rente constituée

de 400 fr., au capital de 8,000 fr., avec hypothèque sur des immeubles appartenant à Rozier. En 1851, faillite de celui-ci, et report au 1er mai 1848. Le payement avait donc été reçu entre l'époque du report et le jour du jugement déclaratif, et il ne s'était fait ni *en espèces ni en effets de commerce*. Cependant, un arrêt de la Cour d'Orléans (1) le déclare valable, et cela par deux motifs :

1° La veuve Chavanon, qui résidait dans une autre localité, n'avait pu connaître, le 18 janvier 1850, une cessation de payements déclarée dix-huit mois plus tard ;

2° Et, en résumé, l'art. 446 ne doit pas être étendu à d'autres payements que les payements qu'il prévoit. Or, autre est le payement véritable, autre est la novation. Le payement opère une libération absolue, *solvit vinculum obligationis*; la novation substitue une nouvelle dette à l'ancienne, et laisse subsister les rapports de créancier et de débiteur.

Les deux motifs sont également erronés.

D'abord, l'art. 446 est une loi qui soupçonne la fraude *in genere*. La bonne foi n'y est donc d'aucune considération : *Lex, seu Statutum providens* in genere *ad evitandas fraudes, habet etiàm locum in casibus in quibus committi poterant*, licèt commissæ non fuerint (Casareg., Disc. 8, n° 12). En cette matière, nous le disons encore, la bonne foi n'a pas la parole : *non est audienda.*

Quant au second motif, il est aussi contraire au texte qu'à l'esprit de l'art. 446 : au texte, puisque la disposition prohibitive n'excepte que les payements en espèces ou en effets de commerce ; à l'esprit, car cette loi soupçonneuse déclare nul tout payement qui ne s'est pas effectué *more mercatorio*. Il n'y avait donc qu'une seule question à se faire : Est-il dans les habitudes du commerce de payer ses dettes par des constitutions de rentes viagères?

150. — Vient enfin l'art. 447, pour l'explication duquel nous avons formulé ce principe, *suprà*, n° 89, alinéa 14 : « Lorsque avant le jugement déclaratif, et sa-

(1) 16 juin 1852. *Journal du Palais*, 1852, p. 272.

« chant que le vendeur avait cessé de payer, l'acheteur a « payé le prix, ou que, dans les mêmes circonstances, l'a« cheteur a reçu la chose, ce payement, ou cette tradition, « doit être annulé, si les créanciers en souffrent préjudice. »

« L'art. 447, porte un arrêt de Dijon (9 janvier 1843), « laisse aux Cours le droit d'apprécier les circonstances « dans lesquelles se trouve le créancier poursuivi, lors « même qu'il aurait eu quelque connaissance de l'état de « cessation de payements ; » et le pourvoi en cassation fut rejeté (arrêt du 12 févriér 1844), vu que « l'arrêt at« taqué déclarait que le défendeur avait toujours été de « bonne foi (1). »

Selon cette doctrine, quand, depuis la cessation de payements, et avant le jugement déclaratif, le prix a été payé ou la chose livrée *à l'échéance*, le payement, ou la tradition qui préjudicie à la masse, peut être maintenu, bien que la partie qui a payé ou livré connût la cessation de payements de l'autre partie. « Si la connaissance de la « cessation de payements, dit M. Massé, t. 3, n° 274, « peut prouver la fraude, elle ne la prouve pas nécessai« rement. Les juges ont, sur ce point, un pouvoir discré« tionnaire qu'il est impossible de leur contester, en pré« sence des termes formels de l'art. 447. »

S'il en était ainsi, ne pourrait-on pas se demander à quelle fraude l'art. 447 entend mettre obstacle?

Ce n'est assurément pas au dol défini par le jurisconsulte Labéon dans la loi 1, § 2, D., *De dolo*, prévu par les art. 1109 et 1116 du Code Napoléon, et dont nous avons donné l'explication *suprà*, n° 7. Il s'agit là du dol ou de la fraude *in specie*, et ce n'est pas non plus de ce dol que Casaregis a dit : *Ad probandam fraudem, unica conjectura sufficit in materiâ de per se suspectâ.* D'ailleurs, entre le dol et la fraude, il existe une différence très-bien indiquée par M. Bédarride (2). Le dol inhère au contrat lui-

(1) V. *Journal du Palais*, t. 44, p. 277. — Dalloz, *Jurisp. gén.*, v. *Faillite*, p. 125.
Telle est aussi l'opinion de M. Renouard sur l'art. 447, et de M. Massé, t. 3, n° 274. Ces deux auteurs s'appuient sur l'arrêt de la Cour suprême.

(2) *Traité du dol et de la fraude*, t. 1er, n° 12.

même, et, le plus souvent, la fraude ne vicie que l'exécution. De quelle fraude s'agit-il donc au cas prévu par l'article 447? D'une désobéissance à la loi protectrice du crédit (1), et d'une fraude ourdie contre les créanciers.

Maintenant, en quoi peut consister cette fraude? Elle ne consiste pas à savoir que le débiteur du prix, ou le créancier de la chose, a cessé de payer. Cette connaissance n'implique, en soi, rien de frauduleux. La fraude consiste à recevoir payement ou décharge d'un acheteur ou d'un vendeur dont on connaît l'état de cessation de payements, et de contravention à la loi qui lui prescrit de cesser toute administration de ses biens, de déposer son bilan, et de provoquer lui-même sa constitution juridique en faillite. Lui payer ou recevoir de lui, c'est se rendre complice de sa désobéissance à des lois d'ordre public, les art. 438, 439 et 440.

C'est-à-dire, dans le même cas où le payement serait inattaquable, s'il agissait de déconfiture (2), la loi marchande veut que le créancier se range de lui-même sous le niveau de l'égalité, et que le débiteur ne paye qu'au syndic.

En d'autres termes encore, l'art. 447 est une loi pénale qui défend au vendeur de livrer, et à l'acheteur de numérer le prix, s'il sait que l'autre contractant ne paye plus ses autres créanciers.

La peine, sanction de la loi, est la nullité de l'exécution, *non durat solutum nec traditum*;

L'effet de la nullité, d'obliger l'infracteur à rendre la masse indemne, s'il y a lieu à indemnité.

Y a-t-il préjudice, loin d'avoir, comme le dit **M. Massé**, le pouvoir discrétionnaire de remettre la peine encourue, les juges sont tenus d'en faire une application rigoureuse.

Lorsqu'un préjudice n'est pas prouvé, et c'est à la masse de le prouver, la désobéissance à la loi n'en existe pas moins. Mais elle reste impunie, parce que, quelle que

(1) *Contrà legem facit, qui id facit quod lex prohibet : in fraudem verò qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit* (L. 29, D., *De legib.*).
(2) V. *suprà*, nos 2 et 4.



soit la nature de la fraude, le dessein de frauder (*consilium fraudis*) n'oblige civilement qu'autant que l'effet en soit dommageable (V. *suprà*, n° 60).

Tel est le sens de la loi.

Son intention fut clairement et solennellement expliquée dans les chambres :

Un député ayant proposé de substituer les mots DEVRONT *être annulés*, aux mots POURRONT *être annulés*, un autre député, M. Martin de Strasbourg, combattit l'amendement en ces termes : « Il est possible que tel acte « ait été consommé, et n'ait pas porté préjudice à la « masse. Dans ce cas, il faut que le juge ne soit pas obligé « à annuler, et que les syndics ne soient pas forcés à de- « mander l'annulation. Ce n'est qu'autant qu'il y aura un « préjudice pour les créanciers. que les juges devront an- « nuler. Il faut donc laisser le mot POURRONT. » Et l'amendement ne fut même pas appuyé (1).

Cette adhésion unanime de la chambre aux observations de M. Martin fixe le vrai sens de l'art. 447.

Ces observations étaient de toute justesse.

En général, le payement du prix fait préjudice, ou est justement réputé porter préjudice à la masse. En effet, le failli a pu dissiper ou détourner les espèces qui lui ont été comptées. D'ailleurs, à quels signes les reconnaître, les différencier des autres espèces que la caisse peut renfermer? Mais, supposez le payement fait en certaines marchandises trouvées dans l'actif, et dont la valeur actuelle est au pair ou au-dessus du cours de celles livrées par le failli, pourquoi obliger le syndic à poursuivre, et le juge à prononcer l'annulation d'un pareil payement? C'est faire violence à la loi que d'en contrarier l'esprit en s'attachant au sens littéral de ses termes.

Au contraire, le payement devra être annulé, si les choses données *in solutum* sont actuellement d'une moindre valeur que celles vendues et livrées. Inutilement la Cour souveraine aura-t-elle déclaré qu'à l'époque du payement, elles étaient d'une valeur égale ou même su-

(1) V. Dalloz, *Jurisp. gén.*, v. *Faillite*, p. 125.

périeure à la valeur des choses vendues, et que l'acheteur *a toujours été de bonne foi.* La valeur en étant moindre aujourd'hui, le préjudice est évident, car, si l'acheteur n'eût pas payé (et il aurait dû ne pas payer), il payerait aujourd'hui, et la masse ne perdrait rien. D'un autre côté, il implique contradiction dans les termes qu'on fût de bonne foi en payant au mépris d'une loi qui défendait de payer. L'arrêt de Dijon (V. *suprà*, n° 150) devait donc être cassé par cela seul qu'il ne déclarait pas en fait que la masse ne souffrait aucun préjudice. L'absence de tout préjudice est la seule exception à la règle posée dans l'art. 447.

Néanmoins, en ce genre de fraude comme au cas de l'art. 446, la réparation ne doit jamais s'étendre au delà de la perte intrinsèque et directe. Par exemple, sachant ma cessation de payements, vous m'avez livré les dix tonneaux de tel vin que vous m'aviez vendus à raison de 400 fr. le tonneau. S'il en existe encore cinq dans mon actif, desquels l'identité soit reconnue ou prouvée, et que leur cours soit au-dessous ou au pair du prix convenu, la réparation que vous devez est de 2,000 fr., et sera de 2,200 fr. ou de 2,300 fr., si le cours des vins s'est élevé de 10 ou de 15 p. 100.

Mais, lorsque, exerçant quelque contrainte morale sur Jérémie, ou, ce qui est bien plus fréquent, si, collusoirement avec Jérémie, Salomon, son acheteur, lui donne *in solutum* des marchandises défectueuses, ou en baisse du prix convenu entre eux, ce n'est plus seulement le cas de l'art. 447. Il y a ici dol caractérisé. Les dommages-intérêts peuvent être alloués dans leur plus grande étendue, et cela sans distinguer si l'achat était ou n'était pas un acte de commerce. Cette distinction faite par M. Toullier (t. 6, n° 363) est une erreur. Dès que la faillite existe, plus de différence entre la dette civile et la dette commerciale (V. *suprà*, n° 3).

Nous ne voulons pas multiplier les hypothèses. Celles qui précèdent doivent suffire à bien faire comprendre l'article 447.

En dernier résultat, le vendeur qui a livré malgré la dé-

fense de cette loi, livre de nouveau, à la concurrence du préjudice que sa contravention cause à la masse ; ou il rend le prix reçu, de quelque manière qu'il l'ait reçu ;

L'acheteur paye le prix comme s'il ne l'avait pas payé, ou restitue la chose si la restitution est possible ; au cas contraire, il en paye la valeur ;

Et, cela fait, le contrevenant vient dans la masse du failli, comme il y serait venu si rien n'avait été payé ou livré.

151. — La disposition pénultième de l'art. 446, combinée avec l'art. 449, exige une explication que nous avons dû différer jusqu'à ce moment. Ce sont deux dispositions éminemment empreintes du caractère des lois qui sont faites *ad tollendas fraudes*. Leur point de départ, c'est toujours ce temps suspect qui s'écoule entre une cessation de payements latente, que quelqu'un peut connaître mais que tous peuvent ignorer, et le jugement déclaratif, dont nul ne peut prétexter cause d'ignorance, dès que le juge de commerce en a prononcé la dernière parole.

D'après l'art. 446, le payement d'une dette *échue* est valable, quoique reçu *in tempore per se suspecto*, s'il a été fait en espèces ou en effets de commerce ; et, par *effets de commerce*, il faut entendre tous titres qui, *more mercatorio*, sont couramment donnés et reçus en payement, et qui se transmettent par la voie de l'ordre, soit que le débiteur les eût déjà dans son portefeuille, soit qu'il les confectionne lui-même, *v. g.*, en créant un billet à ordre ou en faisant traite sur un tiers, soit qu'il permette ou donne ordre de tirer ou de faire tirer sur lui. Cette assimilation légale des papiers de crédit à de l'argent monnayé n'est, on le sait bien, qu'une fiction, et certes jamais fiction ne remplit mieux son rôle d'être contraire à la vérité ; car, au vrai, prendre des effets à échéance en payement d'une dette actuellement exigible, ce n'est pas autre chose que changer une créance échue en une créance à terme. Mais, l'habitude des commerçants étant de s'entre-payer indifféremment en papiers de crédit ou en espèces, un pareil

payement n'éveille ni n'autorise aucun soupçon de fraude. La loi devait donc en exiger la preuve. Un autre motif qui justifie la fiction, c'est de favoriser, le plus possible, la circulation des effets négociables qui, comme on l'a dit avec autant d'élégance que de justesse, sont au commerce *ce que l'imprimerie est à la pensée, ce que la vapeur est à la mécanique.* Ainsi, quand le payement est reçu *bonâ fide*, nulle différence entre un payement en espèces et un payement en *effets de commerce*, dénomination sous laquelle il faut aussi comprendre les *effets au porteur.*

152. — Voilà le principe. Point donc d'annulation à prononcer, s'il n'est pas prouvé que le créancier payé de cette manière savait son débiteur en état de cessation de payements. Mais, à quel moment faut-il que ce créancier en ait eu connaissance, pour que le payement puisse ou doive être annulé? Est-ce au moment de la remise des effets, ou bien au moment de la numération des espèces qui auront réalisé ces effets? C'est une question qui ne manque pas d'importance.

Le 1er septembre, en payement des 20,000 kilog. de tel sucre, que je lui ai vendus et livrés, Jacques, dont j'ignore la cessation de payements, me remet son billet à ordre de 24,000 fr. au 1er octobre suivant. Mais, ce que j'ignorais le 1er septembre, je le savais très-bien le jour de l'échéance, et néanmoins j'ai encaissé. Le juge doit-il prononcer l'annulation demandée par les syndics?

Non. En vertu de la fiction, les effets de commerce et les espèces sont une même chose; *fictio est contrà veritatem, sed pro veritate habetur.* Or, d'après l'art. 446, pour qu'il y ait bonne foi de ma part, il suffit que j'ignorasse la cessation de payements de Jacques au moment même où il m'a remis son billet. Pourquoi la connaissance que j'en ai acquise depuis me ferait-elle préjudice? Le payement étant consommé par la remise de l'effet, cette remise n'a été ni n'a pu être un moyen de fraude. Ce n'est pas lorsqu'il encaisse que le créancier reçoit payement; la loi le répute payé dès l'instant même où il a reçu l'ef-

fet. La disposition finale de l'art. 449 ne laisse aucun doute à cet égard (1).

Mais, autre hypothèse : Au lieu d'encaisser moi-même, j'ai passé le billet à l'ordre de Jérémie, et, par la succession de dix ou douze autres endossements, l'effet arrive à Salomon, qui en reçoit le montant, en pleine connaissance de l'état du confectionnaire. Ce payement doit-il être annulé ?

On le croirait, au premier aspect, car Salomon, dernier porteur, est bien le créancier de Jacques, et tout créancier qui sait que son débiteur a cessé de payer ne peut rien recevoir de lui. Il doit spontanément se ranger sous le niveau de l'égalité.

Néanmoins, le payement est inattaquable.

Effectivement, Salomon était tenu de se présenter à payement le jour de l'échéance, art. 163. Or, au cas de payement, point de protêt possible, et, faute de protêt, nul recours. Il serait injuste, antirationnel, de lui faire une pareille condition. Salomon devait donc recevoir, à moins qu'il ne fût complice d'un bénéficiaire de mauvaise foi, auquel le payement profite, et notre espèce suppose que j'étais de bonne foi quand j'ai reçu le billet à ordre; tant il est vrai de dire, avec Faber, qu'il n'est dans le droit, même dans le droit exceptionnel, aucune règle tellement absolue, qu'elle n'admette aucune exception : *Nulla est in jure regula tàm certa, quæ non accipiat aliquam exceptionem.*

Maintenant, *quid juris*, s'il est prouvé que j'ai reçu l'effet avec connaissance de la cessation? Contre qui le syndic pourra-t-il demander le rapport? L'art. 449 nous le dit. Il ne peut le demander que contre le *premier endosseur*, et ce premier endosseur, c'est moi. Au fait, rien n'est plus juste, car c'est moi qui, l'ayant reçu de mauvaise foi, ai le premier mis l'effet en circulation. Salomon, qui l'a encaissé, a subi la loi de l'alternative où je l'avais

(1) « .....La preuve que celui à qui on demande le rapport avait « connaissance de la cessation de payements, à l'époque *de l'émission du titre*, devra être fournie. »

placé moi-même. C'est donc à moi seul de subir les résultats de ma mauvaise foi ; et, quand j'aurai effectué le rapport, j'irai dans la masse de Jacques pour le prix de mes sucres.

Il en serait de même si Jacques m'eût endossé un effet entré dans mon portefeuille par la voie de l'ordre, et que je l'eusse, à mon tour, endossé à Jérémie. Dans cette hypothèse, le premier endossement serait toujours celui que j'aurais souscrit, abstraction faite des endosseurs précédents, étrangers à ma convention avec Jacques.

Quant aux endosseurs intermédiaires depuis mon endossement à Jérémie jusqu'au dernier porteur, ils sont aussi hors de cause. Ce qui s'est fait entre eux ne regarde pas plus la faillite que les endossements qui ont précédé le mien. Mais, au moyen d'un payement unique (et Jacques pouvait payer valablement, puisqu'il n'était pas dessaisi de l'administration de ses biens), autant d'endossements, autant de libérations, ce qui, pour le commerce, est d'un avantage inappréciable. En réalité, l'endossement n'est pas autre chose qu'un *virement de parties*.

Pour achever l'explication des art. 449 et 446 combinés, il reste à supposer que, au lieu de me remettre son billet à ordre, ou un billet à ordre extrait de son portefeuille, et qu'il m'a endossé, mon acheteur Jacques qui, à ma connaissance, ne payait plus ses autres créanciers, m'a remis une lettre de change, aussi extraite de son portefeuille, et qu'il m'a endossée, ou une lettre de change qu'il a fournie sur un tiers, à mon ordre, ou qu'il en ait payé une fournie sur lui, soit par moi-même, soit par mon commissionnaire, et négociée par celui-ci ou par moi. Dans tous ces cas, identiques au fond des choses, qui devra le rapport du montant de la lettre de change que Salomon, douzième et dernier porteur, a encaissée?

L'art. 449, 1er alinéa, nous le dit encore : « L'action « en rapport ne pourra être intentée que contre celui « pour compte duquel la lettre de change aura été four- « nie. » Or, tout s'est fait pour mon compte, c'est-à-dire *à mon bénéfice*. C'est pour mon compte que la traite a été exercée ou fournie. Je suis donc seul tenu du rapport, et

cela, avec la même justice et pour les mêmes raisons qui me font seul rapportable du montant du billet à ordre. Il en est ainsi alors même que j'ignore la cessation de payements, si Jérémie la connaissait au moment de l'émission de la traite que, de mon ordre et pour mon compte, il a fournie sur Jacques qui l'a permis, ou sur un tiers indiqué par Jacques, et que ce tiers, ou Jacques en ait payé le montant. Le rapport est dû par moi seul, étant de principe, surtout en matière suspecte, que ce qui est connu du commissionnaire, le commettant est censé le savoir : *Scientia procuratoris nocet ipsi domino, etiàm ignoranti* (Casareg., Disc. 9, nº 11). Réciproquement, le commissionnaire est réputé savoir ce que le commettant connaît : *Scientia Domini præjudicat sibi, licèt ejus procurator eam non habuerit* (*ibid.* Disc., nº 19). Sans le maintien sévère de ces règles, comment déjouer la fraude? Tantôt, elle se masquerait sous la bonne foi d'un mandataire dont elle se serait fait un instrument passif; et tantôt, ce qui n'est pas moins frauduleux, ni moins contraire au bon ordre, le mandant profiterait de la mauvaise foi de son agent : *Utens actu doloso, dicitur dolum committere, licèt eum non fecerit* (*ibid.* Disc., nº 13).

Mais, si je suis moi-même en faillite, l'action en rapport ne procède-t-elle pas contre Jérémie, *tireur par ordre et pour compte.*

Le syndic de Jacques dira peut-être : Personnellement obligé par sa traite, Jérémie est réputé avoir tiré et reçu pour son propre compte. Il doit donc rapporter.

La demande est mal fondée.

Co-mandataires du même ordonnateur, l'un pour tirer, l'autre pour payer, le tireur et le tiré ne contractent pas entre eux. Ils ne contractent qu'avec l'ordonnateur. Or, je suis l'ordonnateur ; c'est moi qui ai reçu ; c'est moi qui suis payé. D'ailleurs, la fiction qui fait réputer tireur pour son propre compte le tireur par ordre et pour compte, n'a pas lieu à l'égard du tiré, ni de sa faillite. Le tireur pour compte n'est personnellement obligé qu'*envers les endosseurs et le porteur* (loi du 19 mars 1819). Je suis donc seul soumis au rapport.

En conséquence, créancière collective de Jacques, sa masse viendra dans la mienne recevoir le dividende afférant aux 24,000 fr., montant de la traite par lui payée; et la mienne ira dans la sienne recevoir le dividende afférant aux 24,000 fr., prix des sucres. Si la faillite de Jacques ne donne que 20 p. 100, et que la mienne en donne 50, les créanciers de Jacques auront un avantage de 7,200 fr.

Le 11e alinéa de notre n° 89 n'exige pas d'autres explications.

153. — Revenant au point d'où nous sommes partis (V. *suprà*, n° 91) : lors du jugement déclaratif, le vendeur avait livré la chose, l'acheteur avait payé le prix, soit en espèces, soit en valeurs de crédit *more mercatorum*, et néanmoins il est possible que tout ne soit pas consommé;

Car la tradition peut avoir été faite de manière à ne pas *durer* (nous en avons vu des exemples), et, dans ce cas, le Code autorise une revendication, qui, très-différente de celle dont il est traité, t. 3, chap. 6, § 1er, sera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE QUATRIÈME.

De la revendication.

SOMMAIRE.

154. Indication du point culminant de la matière et de son intérêt; ce chapitre fait suite au précédent, division du sujet.
155. Ce qu'est la revendication dans le sens propre du mot; ce que le mot signifie dans l'art. 576; contrariété des deux significations.
156. Nonobstant l'antinomie des deux revendications, un triple principe leur est commun.

154. — La tradition virtuelle ne transmet pas moins la propriété que la tradition effective, non-seulement à l'égard du vendeur et de ses créanciers (*suprà*, n° 89, 3ᵉ alinéa), mais encore à l'égard de tous tiers (*alii*), excepté un seul, le second acheteur de bonne foi à qui, avant de manquer, le vendeur a eu la mauvaise foi de délivrer la chose qu'il avait déjà vendue et virtuellement livrée.

Il faut ajouter que la tradition virtuelle reçue par l'acheteur n'empêche pas que le vendeur n'engage valablement la chose à un tiers de bonne foi.

Voilà les deux points capitaux de notre matière.

Ce qui en fait l'intérêt, c'est que, si le vol proprement dit est très-rare entre commerçants, malheureusement il n'en est pas ainsi de l'abus de confiance. Chaque jour, et surtout à l'approche des faillites, on en voit des exemples. C'est la plaie et la honte du commerce.

Ce chapitre fait suite au chapitre précédent et au deux paragraphes qu'il renferme. Il a dû en être détaché, vu la singularité de la matière et son extrême importance. Mais nous n'en suivrons pas moins la division précédemment adoptée :

Revendication de l'acheteur dans la faillite du vendeur;

Revendication du vendeur dans la faillite de l'acheteur.

155. — Suivant l'acception juridique et propre du mot, la revendication est l'exercice du droit que nous avons de reprendre notre chose en la possession d'autrui, *quisquis ille fuerit*, c'est-à-dire par la seule considération qu'il en est possesseur. Celui-là seul revendique donc à bon droit, qui peut dire au juge : *Aio hanc rem esse meam* (V. t. 3, n° 199), et à l'adversaire : *Vous possédez ma chose.*

Conséquemment, un acheteur n'a la revendication de la chose dans la faillite de son vendeur, que s'il en était devenu le maître avant le jugement déclaratif (V. *ibid.*).

Or, il n'a pu le devenir sans la tradition.

Par la raison inverse, il serait conséquent que le vendeur qui a livré, et qui, par ce fait, a perdu la propriété, perdît, en même temps, tout droit de revendication. Mais, au contraire, c'est précisément parce qu'il l'a livrée, que l'art. 576 lui permet de revendiquer sa chose.

L'acheteur et le vendeur revendiquent donc à deux titres opposés : l'un, parce qu'on l'a fait propriétaire, l'autre, parce qu'il a cessé de l'être.

L'une de ces revendications est l'affirmation ; l'autre, la négation de la propriété ;

La première est la mise en action du *jus dominii;* la seconde, un *jus singulare*, une faveur accordée, *contrà rationem juris*, au vendeur qui a livré à crédit. Ce serait un

quasi-privilége, s'il pouvait y avoir des quasi-priviléges (V. t. 3, n° 235).

156. — L'antinomie des deux sens d'un même mot dans les lois, et des deux causes du droit que ce mot exprime, avait tracé d'avance notre division. Deux revendications qui, encore bien qu'homonymes, se ressemblent si peu par la raison d'être, appelaient nécessairement des explications séparées.

Néanmoins, trois principes leur sont communs :

La chose revendiquée doit être identiquement la chose achetée ou vendue ;

La preuve de l'identité ou de l'existence en nature incombe au revendiquant, *utercumque fuerit ;*

Cette preuve, qui doit être certaine pour le juge, peut être faite par tous les moyens que la loi autorise, ou, plus exactement, que la loi n'exclut pas ; car, en cette matière, tout dépend de la conviction du magistrat, ne fût-il convaincu que par la connaissance personnelle qu'il aurait du fait. Mais, pour peu qu'il doute, il doit, en conscience, rejeter la demande (V. *sup.*, n° 89, alin. 6-11).

---

§ I.

DE LA REVENDICATION DE L'ACHETEUR DANS LA FAILLITE DU VENDEUR.

SOMMAIRE.

157. Pour pouvoir revendiquer la chose dans la faillite de son vendeur, il faut nécessairement que l'acheteur en ait été livré.
158. A part deux traditions singulières mentionnées n° 175, il ne peut s'agir ici que d'une tradition virtuelle; effet immédiat de cette tradition.
159. Les diverses espèces de tradition virtuelle ont toutes la même efficacité.
160. Bien que le droit de propriété soit le plus sacré des droits, son exercice revendicatoire est restreint par trois limites.
161. La première, c'est l'obligation de prouver l'identité.
162. Un exemple où l'identité de la chose se reconnaît à vue.
163. Un exemple où des liquides mélangés avec d'autres liquides sont revendicables par l'action en partage, pourvu que les liquides soient *ejusdem generis*.
164. Un exemple où le mélange (*admistio*) de choses solides, sans en rendre la masse commune, donne aussi lieu à un partage proportionnel qui implique la revendication.
165. Dans le double cas qui precède, et suivant les circonstances, il peut y avoir lieu à dommages et intérêts contre la faillite qui représente le failli.
166. La seconde limite, c'est lorsque la chose en est devenue une autre.
167. La troisième limite, c'est lorsque, par abus de la confiance du propriétaire, le vendeur, ou détenteur, a vendu ou

engagé la marchandise à un tiers qui l'a déplacée ou reçue de bonne foi.

168. Ce qui constitue la bonne foi ou la mauvaise foi de l'acheteur ou du gagiste; sans être de mauvaise foi, il peut n'être pas de bonne foi.

169. Espèce où, malgré la tradition virtuelle reçue par l'acheteur, un tiers (*alius*) qui a reçu de bonne foi la tradition effective devient propriétaire, sans que l'acheteur puisse revendiquer.

170. Examen de l'action qui peut, dans ce cas, compéter à l'acheteur; contre qui cette action procède.

171. Espèce où le vendeur consigne à un commissionnaire qui lui a fait des avances *bonâ fide*, des marchandises déjà vendues à un acheteur lequel ne les a pas enlevées, bien qu'il fût libre de les enlever *confestìm*.

172. Ce qu'il faut décider lorsque, sans être de mauvaise foi, le consignataire qui a fait des avances, ou le créancier, n'était cependant pas de bonne foi quand il a reçu la chose en gage.

173. Réponse à une objection, en forme d'argument *à contrario sensu*, tirée de l'art. 1116 du Code civil; explication du vrai sens de cette loi.

174. Le marchand qui a des motifs graves de douter si celui qui lui propose une affaire ne cherche pas à trahir ou à compromettre les intérêts d'un tiers, doit s'abstenir ou éclaircir ses doutes.

175. Espèce de deux acheteurs de marchandises différentes qu'il leur était loisible d'enlever sur l'heure, dont l'un a préposé un gardien à sa chose, et l'autre marqué la sienne *animo capiendæ possessionis;* question de savoir si chacun deux ou l'un d'eux, et lequel, peut revendiquer sa chose chez le gagiste, sans lui payer le montant de ses avances ou de sa créance.

176. Un meuble vendu et matériellement livré par un abus de confiance devient propriété de l'acheteur, à l'instant même où il en reçoit la tradition *bonâ fide;* ce principe, qui est certain en jurisprudence consulaire, est uniquement fondé sur l'usage du commerce, et ne dépend en rien de l'art. 2279 du Code civil.

177. Quand la demande en revendication est admise, la restitution, qui en était la fin, sera plus ou moins compréhensive, selon certaines circonstances.

178. Nonobstant sa bonne foi, l'acheteur de la chose volée ou perdue en doit la restitution.

179. Du cas où, avant sa faillite et abusant de la confiance du propriétaire, le locataire a vendu et délivré la chose qui lui était louée, à un acheteur qui l'a reçue *malâ fide.*

157. — *Ex positis*, l'acheteur ne revendique, ne peut revendiquer qu'à titre de propriétaire (V. *suprà*, nº 155), et il n'a pu le devenir qu'au moyen de la tradition (V. *suprà*, nº 88). Mais il ne peut s'agir ici d'une tradition suivie du retirement ou de l'enlèvement de la chose, c'est-à-dire, d'une tradition effective, car la chose déplacée n'est évidemment pas possédée par l'être moral que l'on nomme faillite, et, encore une fois, l'action revendicatoire n'est donnée que contre le possesseur; c'est un principe essentiel qu'on ne doit jamais perdre de vue,

158. — Sauf deux traditions singulières dont il est fait mention *infrà*, nº 175, lesquelles sont effectives sans déplacement de la chose, la tradition dont nous voulons parler est donc exclusivement la tradition virtuelle, dont l'effet immédiat est de laisser la chose achetée en la détention de celui l'a vendue, et d'intervertir sa possession. Dans ce cas, le transport de la propriété ne s'opérant pas moins *ergà omnes* par la tradition virtuelle que par la tradition effective si ce n'est au cas prévu par l'art. 1141 du Code Napoléon, le vendeur venant à faillir, la revendication est possible; non pas contre le failli (*si tiene per morto*) ni contre ses créanciers (ils ne sont pas ses ayants-cause), mais contre sa faillite qui seule le représente, et

l'action est donnée contre le syndic qui personnifie la faillite (V. *suprà*, nos 69 et 76).

159. — La tradition virtuelle est de diverses espèces. Nous en avons amplement traité (t. 4, nos 217 et suiv., t. 5, nos 21 et suiv., 41 et suiv., 55 et suiv.). Toutes ces traditions sont également translatives. Si donc avant le jugement déclaratif, qui seul dessaisit le vendeur de l'administration de ses biens, une de ces deux traditions est intervenue, l'acheteur peut incontestablement revendiquer, étant de principe que, dans l'actif du failli, on ne peut comprendre que ce qui appartenait au failli avant sa faillite déclarée (V. t. 3, n° 197).

160. — De ce que l'acheteur revendique à titre de propriétaire, il semble, au premier aspect, qu'il doit pouvoir toujours reprendre sa chose en quelque état qu'elle soit, et en quelques mains qu'il la trouve. Cependant, cet exercice du plus sacré des droits rencontre une limite dans chacune des trois circonstances qui vont être indiquées :

161. — C'est d'abord lorsque l'identité de la marchandise est contestée par le syndic ou par tout autre défendeur à la revendication; car, alors, il ne suffit pas au demandeur de dire : *Aio hanc rem esse meam* ; il faut qu'il le prouve, c'est-à-dire, qu'il convainque le juge que la chose revendiquée est, sans aucun doute, la chose vendue et virtuellement livrée (V. *suprà*, n° 89, al. 9 et 10). Mais comment en convaincre le juge, quand cette chose a subi de si grands changements qu'il n'est plus possible de la reconnaître? Dans ce cas, la revendication cesse par la force des choses, et le plus souvent ce qui manque au *petitor*, c'est moins le droit que la preuve.

Effectivement, si la marchandise est encore chez le failli, partie intacte, partie mêlée avec des marchandises de la même espèce qui rendent cette partie méconnaissable, on revendique, à bon droit, la partie intacte.

162. — Il y a plus : une marchandise ne perd pas

toujours son identité, ni tout moyen de se faire reconnaître par cela seul qu'on l'a confondue ou mêlée avec des marchandises de même nature. C'est ainsi que des bois frappés de ma marque restent ma chose en nature, encore bien qu'ils aient été ou qu'ils soient demeurés confondus avec des bois de la même essence et de la même apparence. La marque que j'y ai mise ou que j'y ai fait mettre à dessein de m'en approprier, les fait distinguer; je puis donc revendiquer (V. *infrà*, n° 175).

163. — Je puis aussi revendiquer, si, par un cas fortuit, ma chose non marquée ou insusceptible de l'être se trouve mélangée avec des choses de la même espèce (*ejusdem generis*), *v. g.*, quand mes vins ont été coupés par d'autres vins qui appartenaient au failli. La raison est que nos vins n'en sont pas moins restés des vins, et ne sont devenus rien autre chose. Mais la séparation en étant impossible, leur confusion en a fait une seule et même chose qui nous est commune.

164. — Je revendique encore à bon droit, par exemple, lorsque mes froments sont mêlés avec les vôtres, *v. g.*, par suite d'un incendie. *In rei veritate*, la mixtion de ces blés n'en a pas fait une masse qui nous appartienne en commun, puisque les choses, en soi, demeurent distinctes, et qu'elles existent substantiellement : *singula grana in suâ substantiâ durant* (Inst., § 28, *De rer. div.*; L. 5, D., *De rei vindic.*) Mais, vu l'impossibilité, ou tout au moins la quasi-impossibilité d'en opérer la séparation, je ne puis réclamer que la quantité qui m'appartient dans la masse.

Au double cas qui précède (et autres semblables), mon action est une demande en partage (*communi dividundo*), laquelle implique toujours une demande en revendication; et le partage aura lieu proportionnellement à la quantité de vin ou de blés dont chacun de nous est propriétaire, compte tenu de la bonification ou de l'altération de ma chose.

165. — Mais il peut y avoir lieu à dommages-intérêts,

v. g., si par son fait, sa faute ou sa négligence, le failli a confondu ses vins de Nantes ou de Redon avec mes vins de Bordeaux ou de Saint-Emilion, livrables sous tel délai, à l'Hôpital général de Rennes, en sorte que mes vins ne sont plus de recette.

Pour le cas de dol, V. *infrà*, n° 179.

166. — Seconde limitation : le droit de revendiquer s'évanouit sans retour, lorsque les changements que la chose a subis sont tels qu'elle en est devenue une autre. C'est ce qui arrive, par exemple, quand de mes bois en grume on a construit un vaisseau, un vaisseau ne pouvant pas plus être des bois en grume, que des laines du drap, des blés de la farine, ou des bois en grume un navire. *Facta est nova species.* Mes bois n'existent plus *en nature*, et c'est un de ces cas fréquents dans le commerce où nous perdons le domaine de notre chose sans aucun fait de notre part, malgré le grand principe, le principe tutélaire de la propriété, *quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest* (L. 11, D., *De div. reg. jur.*) Une action en dommages-intérêts est tout ce qui me reste; tant il est vrai que rien ne peut résister à la force des choses! (V. *suprà*, n° 83.)

167. — Enfin, une troisième circonstance met obstacle à la revendication de l'acheteur qui n'a pas déplacé la chose : c'est quand, se rendant coupable d'un abus de confiance, le vendeur l'a vendue, ou engagée à un tiers qui l'a enlevée ou reçue de bonne foi.

168. — Il faut donc savoir ce qui constitue ce tiers en bonne foi ou en mauvaise foi.

De la part du second acheteur, la mauvaise foi consiste à enlever, et, de la part du gagiste, à recevoir une chose qu'ils savaient détournée au préjudice, à l'insu, ou contre le gré du propriétaire; la bonne foi du gagiste, dans l'ignorance absolue de ce fait; et la bonne foi de l'acheteur, dans l'intime conviction (*illæsa conscientia*) que celui qui lui vendait et livrait la chose en était le maître, ou tenait du maître le pouvoir de l'aliéner.

Nous disons à dessein dans l'ignorance *absolue*, car pour peu que le second acheteur ou le créancier gagiste ait de doute à cet égard, il n'est précisément ni de mauvaise foi, ni de bonne foi ; *fluctuat in medio*. Aussi, quand la loi romaine divise la possession en deux espèces, elle se garde bien de la diviser en possession *de bonne foi*, et possession *de mauvaise foi*. Voici en quels termes elle s'exprime : *Potest dividi possessionis genus in duas species; ut possideatur aut bonâ fide, aut non bonâ fide* (L. 3, § 22, D., *De acquir. vel amitt. poss.*). Sur quoi la glose fait cette observation très-judicieuse : « L'expression « *non bonâ fide* a plus de portée que l'expression *malâ* « *fide*; car, outre le possesseur de mauvaise foi, elle comprend aussi celui qui doute si la chose qu'il possède est « celle d'autrui ou la sienne » : Non bonâ fide *plus portat quàm si diceret* malâ. *Nàm etiam dubitantem sit sua vel aliena res continet, qui nec bonam nec malam fidem habet.* C'est aussi ce que Voët (*De usurp. et usucap.*, n° 26) dit en d'autres termes : *In bonâ fide esse non intelligitur qui dubitat utrùm is à quo rem habet, dominus fuerit necne, quùm aliud sit credere, aliud dubitare.* Au reste, le texte de la loi est tellement clair de lui-même, qu'il n'a nul besoin de commentaire.

Il est donc, en matière de possession, un milieu, un état neutre, entre la bonne foi et la mauvaise foi (1), et nous verrons plus loin (n°s 172 et 174) ce qui en résulte.

L'abus de confiance et le vol proprement dit sont deux délits de la même famille, en ce qu'ils ont le but commun de dépouiller le propriétaire. Mais, comme ils ont des effets différents à l'égard du possesseur *bonæ fidei*, on n'en saurait traiter que séparément; voyons d'abord l'abus de confiance.

169. — Après avoir acheté à Salomon tous les foins

(1) La bonne foi douteuse (*dubitans conscientia*) produisant civilement, en matière de possession, le même effet que la mauvaise foi, nous dirons désormais *bonne foi* et *mauvaise foi*. C'est ainsi qu'en ont usé les jurisconsultes romains.

amoncelés sur sa prairie du Mail-Donge, libre par le marché de les enlever *confestim* (ce qui constitue une tradition virtuelle, Jacques les laisse à la foi de son vendeur qui les vend à Kernévez, et celui-ci en effectue l'enlèvement, n'ayant aucun soupçon de la première vente ; puis, faillite de Salomon. Dans cet état des faits, *quid juris?*

La réponse est aisée :

Jacques ne peut revendiquer contre la faillite, car, dès avant le jugement déclaratif, Salomon ne possédait plus. La faillite ne possède donc pas. Or, la revendication n'est donnée que contre qui possède (V. *sup.*, n° 155).

Jacques ne peut pas non plus revendiquer contre Kernévez, car ce second acheteur ayant acheté de bonne foi et s'étant livré de même, il a acquis la propriété ; telle est la conséquence du principe posé t. 5, n° 14.

170. — Quel recours reste-t-il donc à Jacques, et contre qui ?

A Rome, comme de tout temps en France, la revendication ne pouvait être exercée que contre le possesseur, et même, *jure antiquo romano*, que contre le seul possesseur qui possédait comme propriétaire, *animo domini*. On l'étendit plus tard à tous les détenteurs indistinctement, et, par une dernière extension, elle fut accordée contre quiconque ayant possédé ou détenu la chose, en avait, comme Salomon, perdu la détention ou la possession par son dol, c'est-à-dire l'avait vendue, donnée, dénaturée ou détruite, en vue de la soustraire à l'action revendicatoire (1). Ce principe fut toujours et est encore observé parmi nous en matière de commerce. Mais, dans ces cas, selon le droit romain, quand l'*intentio* se trouvait juste et bien vérifiée, le *petitor* en était cru à son serment sur l'étendue de sa perte, et le défendeur condamné à réparer le préjudice, sans autre taxation que l'estimation juratoire de son adversaire : *Si verò non potest restituere, siquidem dolo fecit quominùs non possit, is, quan-*

(1) V. L. 37, D., *De rei vind.*

tùm adversarius in litem sine ullâ taxatione in infinitum *juraverit, damnandus est* (L. 68, D., *De rei vindicat.*). Cette loi était bien sévère, va-t-on dire peut-être, qui donnait à l'un des contendants un pouvoir illimité sur la fortune de l'autre; et pourtant, elle ne le semble pas trop quand sa rigueur ne s'étend que sur le dépositaire infidèle qui vend la chose, pour en rendre la restitution impossible, et en recevoir le prix itérativement. C'est le juste châtiment de la plus odieuse mauvaise foi, de la plus vile cupidité. Mais, si ce châtiment peut paraître juste à l'égard du coupable, il serait par trop rigoureux (*summum jus*) d'en faire retomber les effets sur ses malheureux créanciers, non moins à plaindre que le revendiquant lui-même. Aussi la loi d'Ulpien n'a-t-elle statué qu'entre le propriétaire dépouillé et son spoliateur que l'espèce de cette loi suppose *integri statûs*. Étrangère à tous autres intérêts, elle ne peut trouver entrée dans notre droit des faillites.

Il ne reste donc à Jacques qu'une action en dommages-intérêts, et, comme on l'a déjà dit, cette action est donnée contre la faillite à laquelle il sera ordonné, non de restituer des foins qu'elle n'a pas trouvés *in bonis* du failli, mais de payer l'estimation qui en sera faite par le juge, et à raison de laquelle Jacques viendra dans la masse au marc le franc avec les autres créanciers.

Et pourquoi l'action ne procède-t-elle pas contre la masse elle-même qui, n'étant pas en faillite, serait tenue de payer la condamnation dans son entier? C'est que la masse n'est pas ayant-cause du failli, et que celui-ci n'a d'autre ayant-cause que sa propre faillite (V. *suprà*, n° 76).

171. — Par les mêmes raisons, nulle revendication à exercer, ni contre la faillite, ni contre la masse, si des bois que vous a vendus Salomon, et qu'il vous était loisible d'enlever, ont été expédiés et consignés par lui à Roboam, son commissionnaire, qui lui a, *bonâ fide*, fait des avances sur la consignation.

Mais une différence existe entre le cas de Jacques et

le vôtre. Jacques ne peut revendiquer ses foins, ni contre la faillite qui ne les a jamais possédés, ni contre Kernévez, lequel a voulu en devenir propriétaire, et qui, vu sa bonne foi, l'est devenu en effet. Roboam, au contraire, a seulement entendu avoir les bois en gage. N'ayant donc pas perdu un instant le domaine de vos bois, vous êtes libre de les revendiquer, à la condition toutefois de rembourser au commissionnaire ses avances, et de venir dans la masse comme créancier à dividende pour la somme que vous aura coûtée le retrait de la chose.

Il n'en serait pas autrement si Salomon avait engagé vos bois à quelque autre de ses créanciers que Roboam, son commissionnaire.

172. — Mais si Salomon était d'une réputation entachée ; par exemple, si, peu de jours avant la consignation, il venait d'être condamné en police correctionnelle comme ayant appliqué à ses propres affaires les marchandises d'autrui, qui lui étaient commises, et que Roboam ne l'ignorât pas, ou qu'il eût d'autres motifs sérieux de l'en soupçonner coupable ou capable, on admettra votre revendication sans vous imposer l'obligation de rembourser. La raison est que, en pareilles circonstances, s'il n'y a pas mauvaise foi avérée, la bonne foi n'est rien moins que certaine. Il y a donc absence de bonne foi, *non bona fides* (V. *suprà*, n° 168); car, en cette matière, les mots bonne foi ne sont pas deux mots, un nom et son adjectif; ils ne constituent qu'un substantif insusceptible de degrés de comparaison. La bonne foi, comme la vérité, existe pleine et entière, ou elle n'existe pas. Or, elle est tout aussi nécessaire pour acquérir un privilége sur la chose consignée que pour acquérir la propriété même de cette chose.

173. — Mais que faut-il répondre à cette argumentation de Roboam ? « *Le dol ne se présume pas et doit être* « *prouvé*, art. 1116 du Code Napoléon ; donc, quand le « dol n'est pas prouvé, la bonne foi se présume et, après « tout, c'est la disposition formelle de l'art. 2268 du « même Code. »

Nous pourrions répondre : Ce que dit le Code civil ne nous regarde pas. Le droit commercial se suffit à lui-même. Il a ses règles sur la preuve des obligations ; il a ses usages consacrés. Mais il est facile de montrer que le Code civil ne dit nullement ce qu'on veut lui faire dire.

Les manœuvres employées pour surprendre le consentement de quelqu'un avec qui l'on contracte et qu'on trompe, voilà le dol dont il s'agit dans l'art. 1116.

La première disposition de cette loi enjoint au juge de maintenir le contrat, le dol lui fût-il prouvé, à moins qu'il ne soit évident que celui des contractants qui prétend que le contrat est nul, n'aurait pas consenti s'il eût connu le dol. C'est une déduction de la loi 145 *De reg. jur.* : *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* ; et, pour le cas où cette évidence n'apparaîtrait pas, la seconde disposition défend au juge de présumer le dol, et lui ordonne d'en exiger la preuve. Telle est l'économie de la loi civile. Il ne s'y agit que d'un consentement contractuel.

Or, lorsque deux individus font une convention dont le but est de porter atteinte aux droits ou à la propriété d'un tiers, *alius* (et c'est notre espèce), le dol qu'on vient de définir ne saurait être pratiqué à l'égard de ce tiers qui n'est pas partie au contrat. Roboam argumente donc mal à propos de l'art. 1116 ; car : « une règle générale- « ment admise en matière d'interprétation est que les ter- « mes (de la loi) doivent être pris dans le sens qui con- « vient à la matière, et que, quelque généraux qu'ils « soient, ils ne comprennent que les choses sur lesquelles « on a voulu statuer. » (Merlin, *Add.*, p. 667, v° *Interprét.*)

Néanmoins, si deux contractants ont concerté une fraude à dessein de nuire à un tiers, cette fraude n'implique pas moins la mauvaise foi que ne l'implique le dol proprement dit, *fallacia ad decipiendum alterum adhibita* ; et, comme, à ce point de vue, il semble qu'on peut dire *ubi eadem ratio, ibi et idem jus*, admettons un instant, *dato non concesso*, que l'art. 1116 énonce un principe général, et voyons de quelle manière il doit être entendu

dans la disposition où il dit : *le dol ne se présume pas, il doit être prouvé.*

Comment doit-il être prouvé? Il ne l'est, le plus souvent, que disons-nous? il ne l'est jamais, ou du moins presque jamais il ne saurait l'être que par des conjectures tirées des *circonstances*, c'est-à-dire par des présomptions. *Fraus consistit in circumstantiis* (1). Seulement le Code Napoléon, art. 1353, veut que les présomptions soient *graves, précises et concordantes* (2). Mais, quelles qu'en soient la gravité et la précision, la concordance et le nombre, *per rerum naturam*, elles ne pourront pas plus constituer une preuve que deux ou plusieurs incertitudes ne pourraient opérer une certitude.

Que faut-il donc entendre par l'art. 1116 quand il pose en principe que *le dol ne se présume pas?* Cela veut dire que, à la différence de certains actes ou faits auxquels la loi attache spécialement la présomption de dol (et il est beaucoup de présomptions pareilles dans la loi des faillites, le dol ne se présume pas *de plano* ; qu'on ne doit pas non plus le présumer sans la concordance de présomptions graves et précises; et, les présomptions humaines étant *abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat* (art. 1353 C. Nap.), au fond des choses, tout cela signifie que, si le juge est convaincu, le dol lui est prouvé, *sine aliâ probatione*. En fait de conviction, il n'y a pas d'autre règle, il ne peut pas y en avoir d'autre : *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo satis certo modo definiri potest*. On ne réglemente pas la conscience.

Aussi, quand la conviction du juge est douteuse, la loi ne lui prescrit point de déclarer par forme de présomption, ou de quelque autre manière, qu'il y a eu bonne foi. Ce serait exiger qu'il parlât contre sa conscience, en affirmant un fait qu'il ignore, puisqu'il en doute. Pour se conformer au texte et à l'esprit de l'art. 1116, il lui suffit de dire que le dol ne lui est pas prouvé; car cette déclara-

(1) Dumoulin, sur la coutume de Paris, tit. *Des fiefs*, art. 9.
(2) Sur la signification légale de ces mots, V. t. 1er, nos 219 et 220.

tion absout le défendeur tout aussi bien que si sa bonne foi était proclamée *magnâ voce.* L'argument de Roboam ne procède donc pas ; la conséquence en est fausse.

174. — Laissons une hypothèse gratuite, et revenons à la vérité :

Lorsqu'il s'agit d'un dol au moyen duquel l'un des deux contractants aura pu surprendre le consentement de l'autre, tout est prévu et réglé, de la manière que nous venons de dire, par l'art. 1116, spécial à cette seule hypothèse.

S'agit-il d'une fraude que les deux contractants auront pu concerter au préjudice d'un *aluis*, rien n'est spécialement prévu ; tout est laissé sous l'empire du droit naturel, et des dispositions générales de la loi, fondées sur ce droit. « La bonne foi (dit Toullier, t. 7, n°s 342 et 344) est « due, non-seulement par chacun des contractants à l'au« tre, mais aussi à toutes les personnes que peut intéresser « ce qui se passe entre eux : *alteri ne feceris quod tibi « fieri non vis.* Art. 1382, 1383 du Code civil.

« L'art. 1167 ne déterminant point quels sont les actes « qu'on peut attaquer quand ils sont censés faits en fraude « des créanciers, il faut recourir aux lois romaines où le « principe est posé, et où les conséquences se trouvent « développées avec détail. »

Il va sans dire que cet enseignement s'applique aussi bien aux actes faits en fraude du propriétaire qu'aux actes faits en fraude des créanciers : *ubi eadem ratio*, etc.

Quand l'art. 2268, relatif à la prescription de dix ou de vingt ans, pose en principe que *la bonne foi est toujours présumée*, il n'entend pas introduire une présomption *juris et de jure*, puisqu'il permet de prouver contre cette présomption, c'est-à-dire, d'y opposer d'autres présomptions. Par conséquent, ce n'est là qu'un précepte qui n'exclut aucunement l'admissibilité de la preuve que, quand le possesseur a commencé sa possession, il en révoquait en doute la légitimité, ou aurait dû la révoquer en doute, et qu'en traitant dans cet état perplexe, il commettait une imprudence qui, pouvant nuire à autrui, en-

gageait sa responsabilité. Si donc Roboam avait Casaregis pour juge, cet oracle du droit commercial ne manquerait pas de lui dire : « La prudence et la vigilance sont « dans les habitudes du marchand : *Mercatores solent pro-« pria negotia cautè et diligentissimè peragere* (1). Vous « aviez un juste sujet de douter de la bonne foi de Salo-« mon ; il fallait vous abstenir, ou éclaircir vos doutes. « Négliger ce soin, c'était vous mettre dans la même con-« dition que si sa mauvaise foi vous eût été connue : *Paria « sunt in jure scire et nolle scire* (Disc. 176, n° 33). Vous « avez donc commis une faute dont votre Code Napoléon, « art. 1382, vous oblige à réparer les effets. A défaut de « ce texte, la seule équité naturelle, qui produit des obli-« gations entre marchands, vous y obligerait : *Sola obli-« gatio naturalis inter mercatores attenditur* (Disc. 76, « n° 11) ; apprenez à commercer avec plus de prudence : « *Disce cautiùs negotiari* (Disc. 219, n° 20).

175. — Modifions nos deux espèces :

Jacques a commis ses foins à la surveillance d'un gardien, et vous avez marqué vos bois : *quid juris in utroque casu?*

Il est clair que Salomon, dont la prairie était devenue le magasin de Jacques, n'a pu vendre et délivrer les foins sans se rendre coupable d'un vol (V. t. 5, n° 25). Or, il serait contraire à l'ordre public (art. 6 C. comm.) que le vol pût être un moyen d'acquérir et une cause de perdre la propriété. Quelle que soit donc la bonne foi du second acheteur, Jacques, premier acheteur, est en droit de revendiquer *quià dominus.* L'exception de bonne foi ne lui est pas opposable (art. 2279, 2280 C. Nap.). Il a ce droit, non-seulement contre le deuxième acheteur, mais contre tout détenteur, et, tant qu'il subsiste en nature une partie de sa chose, il peut la reprendre partout où il la

(1) Disc. 137, n° 15, et disc. 176, n° 34. Le principe de Casaregis est rappelé dans les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 août 1811. Il y est dit que *la prudence et la réflexion doivent diriger les négociants dans leurs opérations de commerce* (V. *Journ. du P.*, t. 9, p. 115).

trouve. Mais l'action de Jacques ne pouvant être formée que contre le possesseur, dès l'instant que le second acheteur de bonne foi ne possède plus, *v. g.*, s'il a donné ou vendu la chose *bonâ fide*, s'il l'a laissée périr par sa négligence, ou s'il l'a perdue, même par sa faute, cette action ne procède pas contre lui. C'est au propriétaire de voir ailleurs si sa chose existe encore, et qui la possède.

Cependant, vu sa bonne foi, Roboam n'a-t-il pas valablement reçu en gage vos bois marqués, mais laissés dans un magasin qui n'est pas devenu le vôtre?

L'appréhension de la marchandise par la marque produit le même effet que le déplacement de la marchandise; *cujus est signum, ejus est signatum.* S'il en est ainsi, et rien n'est plus certain (V. nos tomes 4, n° 228, et 1, n° 213), vendre et délivrer une seconde fois, c'est se rendre coupable de vol, et notre question est toute décidée.

En effet, pourquoi le vendeur engage-t-il valablement la marchandise, quand il n'en a fait à l'acheteur qu'une tradition virtuelle? C'est que, n'ayant commis qu'un abus de confiance, délit très-grave, mais non qualifié de vol par la loi, il eût pu aliéner la chose. Il a donc moins fait qu'il n'aurait pu faire, et, par cela seul, ce qu'il a fait est valable : *In eo quod plus sit, semper inest et minùs* (L. 110, *De reg. jur.*). Mais la chose volée n'est pas dans le commerce. Le voleur, proprement dit, n'en peut faire à personne une tradition, nous ne dirons pas légitime, mais licite (1). Or, sans la tradition ou, *quod idem sonat*, sans une tradition légitime, ou, tout au moins, licite, point de gage.

Vous avez donc la revendication inconditionnelle de vos bois, précisément comme Jacques a la revendication inconditionnelle de ses foins, et avec les mêmes effets quant au créancier gagiste.

Vainement ce créancier invoquera-t-il sa bonne foi et l'intérêt du commerce. Si la bonne foi n'est ici d'aucune considération, ce qui est à regretter, c'est que l'ordre public,

(1) *Non omne quod licet honestum est* (L. 144, *De div. de reg.*).

le premier des intérêts sociaux sans en excepter aucun, exige impérieusement que le vice de vol s'incorpore à la chose volée, qu'il la suive en toutes les mains et l'accompagne en tous lieux, tant que la prescription, qui absout de tout, ne l'aura pas purgée de ce vice : *Maior utilitas publica semper præfertur minori.*

Mais gardons-nous de confondre avec le vol deux délits qui s'en rapprochent, l'un plus, l'autre moins, *l'escroquerie* et *l'abus de confiance.*

In suâ substantiâ, parmi nous, le vol consiste à *soustraire frauduleusement* la chose d'autrui (1), ce qui exclut l'idée d'un consentement, d'une tradition quelconques ; l'escroquerie, à *se faire remettre ou délivrer des meubles*, des fonds, *des marchandises*, etc... (art. 379 et 405 C. pén.) ; et, comme le dit Pothier (*Oblig.*, n° 29) : « Un consentement, quoique surpris, ne laisse pas d'être consentement. »

Ainsi, antinomie positive dans les faits constitutifs.

D'un autre côté, règle générale, la bonne foi du possesseur rend le possesseur propriétaire : *Bona fides tantùmdem possidenti præstat quantùm veritas.* C'est très-probablement ce qu'on a voulu exprimer par ces mots : *En fait de meubles, la possession vaut titre.* Mais supprimons, un instant, cette ellipse multiple (2), et notre principe n'en sera pas moins impliqué dans la seconde disposition de l'art. 2279 (3). En effet, un seul cas est excepté, celui

(1) C'est la *contrectatio fraudulosa rei alienæ* du droit romain.

De plus, tout ce que nous appelons abus de confiance y était considéré comme vol ;

En outre encore, convertir le dépôt à son propre usage ; se servir de la chose empruntée, ou même s'en servir d'une autre manière que de la manière convenue, c'était voler l'usage de cette chose, ou du dépôt ;

Enfin, le débiteur qui soustrayait frauduleusement le gage par lui donné à son créancier volait à celui-ci la possession de la chose engagée.

(2) Tout au moins aurait-il fallu dire quelle possession et quel titre.

(3) Il en ressort directement *à contrario sensu* :

« Si la chose est volée, le possesseur, *etiàm bonæ fidei*, est tenu de « la restituer ;

« Donc il n'y est pas tenu quand la chose n'est pas volée. »

de vol (V. *infrà*, n° 176). Or, *les exceptions ne s'étendent pas* (1).

Ce qui est vrai de l'escroquerie l'est, à plus forte raison, de l'abus de confiance, qui ne peut être commis qu'après une tradition volontaire et délibérée.

176. — A part donc la chose *volée* (2) et la chose perdue, que celui qui l'a trouvée ne peut vendre et délivrer, ni donner et délivrer sans commettre *un vol*, si j'achète un meuble *à non domino*, et que j'en reçoive de bonne foi la tradition effective, ce meuble me fût-il vendu par un abus de confiance, je suis réputé en devenir si bien propriétaire légitime que le *vrai* propriétaire n'est pas recevable à prouver sa propriété (V. t. 5, n° 11); tant la bonne foi a d'efficacité !

Ce principe, nous le posons comme certain, *indubitati juris mercatorii*, et c'est assez dire que nous ne le puisons pas dans cette disposition du Code civil : *en fait de meubles, la possession vaut titre*. Notre principe est l'énonciation pure et simple d'un usage qui, né avec le commerce,

---

L'argument est de très-bon aloi ; car il n'est aucun milieu entre la dispense et l'obligation de restituer telle chose (V. *suprà*, n°s 55 et suiv.).

Ainsi, la première disposition de l'art. 2279, qui fait tant de bruit et cause tant d'embarras, était complétement inutile ; la seconde aurait suffi.

(1) Nous nous bornons à énoncer ce principe, parce qu'il est élémentaire en législation.

On a cependant enseigné et jugé le contraire (V. M. Troplong, *Prescript.*, n° 1069, et Toullier, t. 14, n°s 118 et 119). Mais c'est une erreur condamnée à la Cour de cassation par un arrêt du 20 mars 1835 (V. M. Marcadé, *Prescript.*, p. 256).

Ce savant auteur regarde aussi comme exceptionnelle la deuxième disposition de l'art. 2279. Mais, suivant lui, c'est une exception à son principe de la *prescription instantanée*. Selon nous, c'est une exception au principe que la bonne foi du possesseur produit en sa faveur le même effet que la vérité. Le lecteur pourra choisir. Notre explication nous semble plus rationnelle, et, à coup sûr, elle arrive plus vite à l'intelligence.

(2) La dénomination de *vol* comprend les larcins et les filouteries, parce qu'ils supposent nécessairement une *soustraction frauduleuse*.

La filouterie est un vol commis par adresse des mains ; le larcin, un vol commis par ruse.

ne pourrait cesser qu'avec le commerce. M. Troplong (*Nant.*, n° 22), en constate la perpétuité et la notoriété traditionnelle par les monuments les plus authentiques, et principalement par la grande autorite de Casaregis, *usûs-peritissimi*. Or, le droit commercial se suffit à lui-même; il a ses usages consacrés, et ces usages sont aussi respectables pour les tribunaux que les textes les plus formels du Code civil et du Code de commerce. M. Troplong nous le dit encore (*Nant.*, préf., p. VIII). Nous n'avons donc pas besoin de l'art. 2279.

Cependant, après avoir pesé (*Prescript.*, n° 1043) les avis de plusieurs jurisconsultes qui en avaient avant lui essayé l'explication, et particulièrement ceux de MM. Delvincourt, Toullier et Duranton, le savant auteur s'exprime ainsi dans ses commentaires sur le *Nantissement*, n° 78 : « On voit combien notre art. 2279 est favorable aux in-« térêts commerciaux. L'accord du droit civil et du droit « commercial est ici manifeste ; l'un se fortifie et s'éclaire « par l'autre. »

Nous protestons hautement contre cette nouvelle entreprise de mélanger notre droit avec le droit civil, et spécialement contre la pensée de l'allier à un texte énigmatique sur le sens duquel (s'il avait un sens), ni les jurisconsultes, ni les Cours de justice, n'ont pu jusqu'ici et ne pourront probablement jamais s'entendre. Loin de *s'éclairer* et de *se fortifier*, la coutume commerciale risquerait de s'obscurcir, peut-être même de s'énerver, au contact d'une loi qui, *s'exprimant à la manière des sibylles* (1), a toujours été féconde en cavillations et en procès.

Il est vrai que M. Troplong croit l'avoir clairement expliquée au moyen d'une maxime qu'il blâme ses devanciers d'avoir perdue de vue.

« Arrive-t-il que l'emprunteur vende à un acheteur de « bonne foi la chose prêtée, le propriétaire n'a pas d'ac-« tion en revendication contre ce dernier : *Meubles n'ont « pas de suite.*

(1) Expression de M. Marcadé, *Prescript.*, p. 247.

« Arrive-t-il que le dépositaire vende la chose déposée « à un tiers de bonne foi, le propriétaire n'a pas d'action « en revendication contre ce dernier : *Meubles n'ont pas « de suite* (1). »

Qu'est-ce donc que cet hémistiche qui dénoue sans nul effort les difficultés inextricables dans lesquelles tant de jurisconsultes d'un grand mérite se sont tellement embarrassés que, depuis la promulgation du Code civil, jamais aucun d'eux n'a pu se mettre d'accord avec aucun des autres sur l'interprétation de l'art. 2279 ? C'est une découpure pure de l'art. 170 de la coutume de Paris, dont voici les termes : « Meubles n'ont pas de suite par « hypothèque, quand ils sont hors la possession du débi- « teur. » Loysel, en ses *Institutes coutumières*, en a fait une règle formulée dans les mêmes expressions (titre *Des gages et hypothèques*). Eh bien ! nous le demandons : ne suffit-il pas de lire ce texte et la rubrique sous laquelle il est placé dans la coutume (2), pour voir que cela signifie : « Si tu veux prêter 100 écus à Jacques, et qu'il soit con- « venu que son cheval blanc restera affecté au rembour- « sement de ta somme, fais-toi délivrer le cheval ; car, « s'il arrive que le *detteur* vende et délivre la bête à un « tiers, tu n'auras pas de *gagerie*. Les créanciers du tiers « pourront seuls la faire saisir et vendre, et s'en partager « les deniers. »

Telle est aussi la législation du Code civil :

« Elle (l'hypothèque) les suit (suit les immeubles) en « quelques mains qu'ils passent (art. 2114).

« Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque « (art. 2116). »

Dans tout cela, de quoi s'agit-il donc ? D'un débiteur qui a conventionnellement affecté sa chose à l'acquittement de sa dette.

Cette chose est-elle un immeuble, la seule stipulation du créancier, constatée et inscrite dans la forme prescrite par la loi, suffit pour lui assurer et une hypothèque et

(1) *Nantiss.*, n° 78.
(2) Tit. VIII, *Des arrêts, exécutions et gageries.*

un droit de suite ; si c'est un meuble, et que ce meuble ne lui ait pas été délivré, sa stipulation est du nombre des stipulations inutiles.

Mais quel rapport peut-il y avoir entre cette espèce et, *v. g.*, l'espèce où ayant prêté une montre à Salomon, lequel l'a vendue et délivrée à Pierre, je la revendique chez Pierre qui est venu à faillir? Nous l'avons déjà dit (*suprà*, n° 86) et nous l'avons dit avec raison : « Ce n'est pas « être créancier du failli que d'être propriétaire d'une « chose qui est chez le failli. » Autrement, le propriétaire dont la revendication serait admissible et admise n'aurait qu'une quote-part dans la chose ou dans le prix de la chose qui lui appartient tout entière, *quod esset incivile* (1).

Par conséquent, si le syndic de Pierre n'avait à m'opposer que la maxime *Meubles n'ont pas de suite*, ma réponse serait courte : *Cavendum est à fragmentis*, lui dirais-je avec Bacon (aphor. 26) : Ou prenez la maxime dans son entier, ou ne l'invoquez pas. Or, prise dans son entier, elle est à cent lieues de l'espèce où nous sommes. C'est comme si vous disiez : Meubles *ne peuvent être hypothéqués*, donc, *ni revendiqués*.

Mais un motif plus sérieux, une considération souverainement décisive, est l'usage du commerce. En vertu de cet usage, Pierre est devenu propriétaire. Or, il n'a pu le devenir sans que j'aie cessé de l'être. Voilà la *seule* et vraie cause pour laquelle je n'ai pas *d'action en revendication* (2) de la montre.

L'usage a sur la loi un avantage inappréciable. Il est

(1) Contraire à la raison, au droit et à l'équité.

(2) Suivant M. Marcadé, l'acheteur d'un meuble en prescrit la propriété *instantanément* (p. 258). Qu'on raisonne ainsi du Code civil, nous le voulons bien; cela ne nous regarde pas. Nous dirons cependant qu'une usucapion *brevi manu*, une prescription qui n'a aucun temps à courir, nous paraît, pour le moins, aussi peu facile à comprendre que l'énigme dont on croit avoir trouvé le mot dans une prescription insolite.

Combien plus clair et plus rationnel est l'usage du commerce! Le titre de l'acheteur est son achat, titre éminemment translatif; sa bonne foi lui représente le propriétaire ; et la tradition a consommé l'aliénation.

des lois obscures, insuffisantes, ambiguës (1), quelquefois même inintelligibles, témoin l'art. 2279. Quand l'un de ces cas se présente, ce qui n'est pas très-rare, on s'évertue à rechercher si la loi contentieuse est conforme ou dérogatoire à l'esprit général de la législation, à telle ou telle autre loi, à tel ou tel principe de droit. C'est un vaste champ ouvert à la controverse, et de là une infinité de commentaires plus ou moins compliqués, plus ou moins érudits, qui, presque toujours, aboutissent ou à la même obscurité. ou à une plus grande obscurité que celle de la loi qui leur a servi de texte. Au contraire, rien n'est aussi simple que la théorie de l'usage. Il n'y a point à s'informer s'il est en désaccord ou en harmonie avec des principes ou des lois (même ses propres lois); cela n'importe en rien : *quidquid utile est commercio justum.* L'usage existe-t-il ou n'existe-t-il pas? Là est toute la question. C'est une question de pur fait, et nul ne peut la décider en plus grande connaissance de cause que le juge consulaire, qui met, chaque jour, la coutume en pratique.

Un créancier gagiste ayant livré la chose à un tiers de bonne foi, le maître prouvait assez bien, en droit civil, qu'il pouvait revendiquer. Cela est à merveille, répond Casaregis qui a donné une décision spéciale sur l'affaire. Mais il n'en est pas ainsi entre marchands. *Hæc nullate-*

(1) L'art. 170 de la coutume de Paris offre une ambiguïté fort insidieuse : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, *quand ils « sont hors la possession du débiteur;* » donc il en est autrement quand le débiteur possède ?

Ferrière (sur l'art. 170) nie cette conséquence en disant, comme M Toullier et tant d'autres auteurs l'ont dit après lui, qu'on n'en tire *ordinairement* que de mauvaises des arguments *à contrario sensu*, ce qui est ne rien dire; car il reste à savoir si la nôtre est dans le cas ordinaire.

Mais son vice radical sera très-facilement et logiquement démontré par quiconque aura lu ce que nous avons écrit, *suprà*, n° 54, sur l'argument *à contrario.*

Au reste, l'argument ci-dessus est beaucoup plus spécieux que ceux de M. Mangin, dont nous avons prouvé la fausseté, même numéro et n° 55.

Quand la conséquence est *mauvaise*, c'est qu'il n'y a pas d'argument; car si l'argument *à contrario sensu* remplit les conditions de son existence, la conséquence est *nécessairement* inexpugnable.

nis procedere inter mercatores. Et pourquoi n'en est-il pas ainsi entre marchands? Parce qu'ils suivent tous et partout un usage contraire : *Quid, de eorum universali stylo aut consuetudine, contrarium servatur* (Disc. 187, n° 3). Casaregis n'en donne pas d'autre raison (1) ; et, au fait, il n'en faut aucune autre.

Maintenant, si je me crois les moyens de prouver que Pierre a pris part à la fraude, quelle est mon action?

On pourrait la placer sous cette rubrique : *Quæ in fraudem domini tradita sunt læsâ fide, ut restituantur.*

Je fais citer Salomon en même temps que le syndic de Pierre, et je conclus « à ce que le tribunal m'admette à « prouver, par témoins et tous autres moyens valables, « *tels* et *tels* faits, *telles* et *telles* circonstances (d'où je « prétends tirer la preuve de la complicité) ; et, passé de « ladite preuve, à ce qu'il soit dit et jugé que Pierre n'i- « gnorait pas l'abus de confiance dont Salomon se rendait « coupable en lui délivrant ma chose; en tout cas, qu'il « avait des motifs graves de s'en douter. Au-dessus de « quoi, sans égard à la tradition, qui sera déclarée nulle « et non avenue, à ce que ledit syndic soit condamné, en « sa qualité, à me restituer la montre Bréguet, en or, à « cylindre et montée sur diamants, dont est cas au procès, « dans les trois jours de la signification du jugement à « intervenir; sinon, et faute de ce faire dans le délai sus- « dit, et icelui expiré, par le même jugement, et sans qu'il « soit besoin d'autre, dès à présent pour alors (2), seront « ledit syndic et ledit Salomon (qui se réfère à justice), « condamnés solidairement, ledit Salomon par corps, à me « payer 4,000 fr. de dommages et intérêts, avec intérêts « du jour de la demande, et aux dépens, aussi solidaire- « ment (3). »

(1) Ou, ce qui revient au même, il donne pour seule raison que toutes les règles du droit cessent devant l'usage du commerce, maxime qu'on retrouve à chaque pas dans ses discours; et il cite plusieurs docteurs, parmi lesquels *Ansaldus de Ansaldis*, qui enseignent le même principe.

(2) C'est ainsi qu'en abrégeant le temps et les formalités, on épargne les frais dans les juridictions consulaires.

(3) V. les art. 1167 et 2092 du Code Napoléon. Il est de maxime au

Ces conclusions font voir quelle est l'action que j'exerce : Je ne demande pas, je ne puis pas demander la rescision d'un contrat qui m'est étranger, et ne me porterait aucun préjudice, si Salomon n'eût pas délivré la montre. D'ailleurs, dans le commerce, il est très-permis de vendre la chose d'autrui, sauf à s'entendre avec le propriétaire, pour pouvoir la livrer légitimement, sinon à payer des dommages et intérêts. C'est donc dans la tradition, uniquement dans la tradition, que la fraude consiste. Mais la tradition produisant son effet aussi longtemps qu'elle subsiste, je ne revendique pas, quant à présent, *quià nec dominus;* je revendique pour le temps où j'aurai fait ma preuve. La tradition rescindée, je n'ai pas cessé d'être propriétaire, et je revendique au même droit que si la montre était restée chez Pierre (V. *suprà*, n° 155). C'est une action analogue à celle donnée aux créanciers dont le débiteur commun a délivré sa chose en fraude de leurs droits. Eux aussi demandent la rescision de la tradition (V. *infrà*, n° 197, *in fine*), et revendiquent *in futurum*, c'est-à-dire, pour le cas où ils prouveraient la fraude, et pour le temps où ils l'auront prouvée : « Si, en fraude de ses « créanciers, quelqu'un a délivré sa chose à un tiers, il est « permis aux créanciers, *la tradition rescindée*, de demander cette chose, c'est-à-dire, de soutenir qu'elle n'a pas « été livrée, et qu'ainsi elle est restée dans les biens du dé« biteur » : *Si quis, in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, permittitur creditoribus*, rescissâ traditione, *eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse* (§ 6, Inst. *De action.*).

177. — Après avoir expliqué, à notre point de vue (1), en quoi la revendication consiste, ce qui peut l'empêcher, quand elle procède, et contre qui, il reste à la supposer

Palais que les dépens ne sont pas dus par voie de solidarité. *Secùs*, s'il s'agit d'un crime ou d'un délit, ou même d'un simple dol.

(1) Au point de vue *d'un acheteur* et *d'un vendeur*; car, outre la vente et l'achat, il est beaucoup d'autres causes de revendication dont nous n'avons pas à nous occuper.

admise, et à faire voir ce que la restitution, qui en était la fin, doit comprendre. Mais quelques observations préalables nous semblent nécessaires.

D'abord, qu'il s'agisse d'un vol ou d'un abus de confiance repris par le Code pénal (art. 408), le revendiquant peut choisir entre la voie criminelle et la voie civile. Nous raisonnons toujours dans cette dernière hypothèse qui est la plus ordinaire, parce que la restitution principale, les restitutions accessoires et les dommages-intérêts ont la même mesure dans l'une des juridictions que dans l'autre.

Une fois le choix fait, on ne peut plus changer : *unâ viâ electâ, non datur regressus ad alteram.*

Au reste, en cette matière, au civil comme au criminel, la prescription ne se règle pas sur l'art. 2262 du Code Napoléon. Elle est régie par les art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, selon qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit, et elle commence à courir du jour de la perpétration du crime ou du délit. L'intérêt de la société exigeait que, après le temps marqué par ces lois, on ne pût mettre en question l'honneur d'un citoyen, et la considération de sa famille.

Mais si l'abus de confiance n'est pas délit (1), l'action ne se prescrit que par le laps de trente ans.

En second lieu, quand le possesseur a perdu la possession par sa fraude (V. *suprà*, n° 170), la valeur (*pretium*) de la chose tient lieu de la chose, en sorte que la restitution est réglée de la même manière que si le défendeur possédait encore : *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur; quià pro possessione dolus est* (L. 131, *De div. reg. jur.*). C'est une fiction introduite pour lui rendre son dol inutile.

Enfin, parmi les choses qui entrent dans le commerce, les unes sont susceptibles de produire des fruits civils (ce sont les choses non fongibles), les autres (les choses fongibles) n'en sauraient produire, et, par cela même, leur restitution respective ne suit pas toujours les mêmes règles.

(1) *V. g.*, s'il s'agit d'un commodat, d'un précaire.

Mais toutes indistinctement sont susceptibles d'être revendues ou vendues, et, sous ce rapport, *idem juris est*.

Or, la condamnation sera plus ou moins compréhensive, selon que la chose pouvait ou ne pouvait pas être louée, que le défendeur s'en croyait propriétaire, savait ne l'être pas ou doutait de l'être.

Passons rapidement en revue ces différentes hypothèses.

178. — L'acheteur d'un meuble volé, qui le possède encore, en doit toujours la restitution, nonobstant sa bonne foi. On en a vu la raison, *suprà*, n° 175. Cette obligation d'ordre public est tellement absolue que, si ce même acheteur rachète le meuble après l'avoir revendu, donné ou perdu, il n'en est pas moins tenu de le restituer, sans pouvoir exiger, ni le prix de l'achat, ni le prix du réachat. Les interversions de possession ne purifient pas l'objet volé. Son vice le suit en tout temps, en tout lieu, *tanquàm lepra leprosum*, et ne peut être purgé que de deux seules manières : la prescription, ou le retour de la chose aux mains du maître. Mais aussi l'intérêt social n'exige rien de plus, et, pourvu qu'il soit satisfait en ce point, la bonne foi conserve toute son efficacité quant aux faits accomplis.

C'est pourquoi, si j'ai acheté et donné à louage *bonâ fide* une chose volée, les loyers que j'ai perçus avant la revendication sont ma légitime propriété : *Bona fides tantùmdem possidenti præstat quantùm veritas, quotiens lex impedimento non est* (L., 136 *De div. reg. jur.*). Je ne puis garder la chose, *lex impedimento est* ; mais, si j'en ai perçu des fruits, il n'est pas de loi qui m'en prescrive la restitution.

Au reste, là se borne mon droit. Inutilement prétendrais-je que ma bonne foi n'a pas cessé après la demande, *v. g.*, parce que j'ai cru celle-ci mal fondée. Cette espèce de bonne foi fût-elle évidente, elle ne saurait nuire au vrai propriétaire. Il est au Code une loi, et au Digeste une autre, qui le décident en termes exprès (1). D'ailleurs,

(1) L. 1, C., tit. 51, *De fructib. et litium expens.* L. 20, D., *De rei vindic.*

une raison sans réplique, c'est que, du jour où je suis troublé dans ma possession, je deviens inhabile à prescrire; je ne puis donc pas gagner des fruits à échoir, ou échus et non perçus. En cette matière, il en est de la perception des fruits comme de la tradition en fait d'achat : sans la tradition, la propriété n'est pas transférée; sans la perception, les fruits ne sont pas acquis.

Maintenant *quid juris* si, en exécution de mon contrat, j'ai perçu les loyers d'avance?

La question est implicitement résolue par la loi *bona fides*, ci-dessus transcrite. Mais nous en avons deux autres où elle est décidée d'une manière explicite : *Bonæ fidei possessor* (porte la loi 25, D. *De usurp.*) *in percipiendis fructibus, id juris habet quod dominis prædiorum* (1) *tributum est.* — *Bonæ fidei emptor non dubiè percipiendo fructus....... loco domini penè est* (L. 48, D., *De acquir. rer. domin.*). Le vrai propriétaire aurait pu recevoir les loyers par anticipation. Or, quant aux fruits perçus, ma bonne foi me met à sa place.

Mais que faut-il décider si le locataire a manqué à sa promesse?

Ne puis-je pas dire à bon droit : J'étais à la place du maître, et je n'ai fait que ce que le maître aurait pu faire. Si je n'ai pas perçu les loyers, j'ai, pendant ma bonne foi, acquis une action contre le locataire, et cette action est dans mon patrimoine. En tout cas, les fruits civils s'acquièrent jour par jour; c'est un principe incontesté. Me priver d'un prorata jusqu'au jour du trouble, ce serait donc m'enlever un *droit acquis*, et l'on respecta toujours les droits acquis.

Cette question subsidiaire, qui, à bien dire, implique la question principale, soulève de grands débats parmi les interprètes du Code civil.

Ici, invoquant l'art. 138 du même Code, on argu-

(1) Cette loi ne parle que d'immeubles. Mais, dans la loi 19, D., *De usurp.*, il est dit : *Si vestimenta, aut scyphus petita sint, in fructu hæc numeranda esse, quòd, locatà eà re, mercedis nomine capi potuerit.* Il n'est donc, sous le rapport des loyers, aucune différence entre les immeubles et les meubles.

mente *à pari* de cette manière : tant que l'absent ne se présente pas, ceux qui, *bonâ fide*, ont recueilli la succession, ne gagnent que les fruits qu'ils ont *perçus*. Par quel motif attribuer plus d'effet à la bonne foi de tout autre possesseur ?

Là, procédant aussi par parité de raison, on oppose l'art. 586 qui porte : « Les fruits civils sont réputés s'ac-« quérir jour par jour ; ils appartiennent à l'usufruitier, à « proportion de la durée de son usufruit. » Pourquoi serait-on plus restrictif envers la bonne foi du possesseur de la chose volée ou perdue ?

Autour de ces deux textes, bases fondamentales des deux avis inverses, on en groupe *utrinquè* beaucoup d'autres en qualité d'auxiliaires. La raison en est simple : puisque, de part et d'autre, on pose en fait que le cas est prévu dans le Code civil, c'est dans ce Code, uniquement dans ce Code, qu'il en faut trouver la décision, *quod est magnum opus*, car elle n'y est pas, et les inductions se balancent. C'est ce qui explique pourquoi la controverse en est toujours au même point qu'à son début ; et elle peut d'autant mieux se perpétuer indéfiniment *æquo marte*, que la jurisprudence oscille entre le pour et le contre.

Grand serait donc aussi notre embarras, si nous étions enclavés dans les mètes du Code civil. Mais, libre dans ses allures, et plus près du droit naturel, le droit commercial résout aisément la prétendue difficulté. Il faut répondre à l'acheteur :

Vous étiez, dites-vous, à la place du maître ; à la bonne heure. Mais comment ? Par l'effet d'une fiction ; *in rei veritate*, vous n'y étiez pas plus que je ne puis être debout à la place où vous êtes debout ; la propriété est essentiellement exclusive. Or, qu'est-ce que la fiction ? *Mendacium utilitatis causâ in lege vel jure receptum.* C'est la définition que Papinien nous en donne (1). La fiction est donc le contraire

(1) *Fictio est cùm fingitur quid esse quod non est... Juris constitutio quâ fingitur id contigisse quod minimè contigit, vel id non evenisse quod re evenit* (Altaserra, *De fiction. jur.*, tract. 1, cap. 2 et 5).

Comparez cette définition de Hauteserre avec l'art. 1349 du Code civil, et vous aurez la différence entre la *fiction* et la *présomp-*

de la vérité. La loi elle-même le dit assez par ces mots : PENÈ *loco domini*, et non moins clairement en ces termes : *Tantùmdem bona fides possidenti præstat, quantùm* VERITAS. Les effets de cette fiction, qui se sont accomplis pendant sa durée, doivent être maintenus : *Tantùm operatur fictio in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.* Mais les fictions ne produisent aucun effet, ni ne peuvent en accomplir aucun, en présence de la vérité. « Les fic- « tions ne se perpétuent pas, nous dit Mornac (1). Quand « le fait qu'elles remplacent vient à se réaliser, on en re- « vient à la réalité » : *Fictiones non sunt perpetuæ..... postquàm casus in re fictâ contigit, redit res ad suam naturam.* Or, le vrai propriétaire est là, qui revendique.

Tant que le maître n'apparaissait pas, qu'avez-vous donc été selon le droit naturel ? Gérant de la chose d'autrui, croyant gérer la vôtre. Tout ce dont vous avez profité, tout ce que vous avez fait pendant votre bonne foi, eussiez-vous mal géré, eussiez-vous dilapidé, doit être respecté. Nul n'a le droit de s'en plaindre : *Bona fides tantùmdem possidenti præstat, quantùm veritas.* Réciproquement, si la chose a causé dommage à quelqu'un, *v. g.*, *si quadrupes pauperiem fecerit*, et que vous ayez payé, la perte reste pour vous. Au contraire, quand, sans votre faute, *v. g.*, par un vice propre, une partie des produits chimiques volés, que vous avez achetés et reçus de bonne foi, a fait explosion, et mis le feu aux marchandises du voisin, si vous n'avez pas encore payé, la perte est pour le maître. En un mot, dès que celui-ci est connu (peu importe comment), il a le droit d'exiger son affaire en l'état où elle se trouve, et peut être forcé à la reprendre en cet état. Mais un *negotiorum gestor* n'acquiert pas les actions pour lui-même ; il les acquiert au propriétaire. Or, autre chose sont des loyers perçus, autre chose est l'action pour exiger les loyers. La perception est un fait consommé, *factum absolutum* ; l'action pour exiger n'est qu'un fait in-

tion. L'une est essentiellement un fait faux, mais possible en soi ; l'autre a nécessairement pour base un fait vrai.

(1) Sur la loi 13, D., *De adopt. et emancipat.*

complet eu égard à sa fin, *factum inchoatum*. C'est un accessoire de la propriété, et vous devez la chose, *cum omni causâ*.

Nous croyons la réponse péremptoire.

Si, comme il arrive souvent, le locataire a payé en son billet à ordre, ou en une lettre de change acceptée par lui, il faut distinguer : Ou l'acheteur possède l'effet au moment de l'action intentée, et, dans ce cas, il doit le remettre avec la chose ; ou il l'avait déjà négocié, et cette négociation est un fait consommé. Il ne peut être à la fois réputé propriétaire et censé mandataire du propriétaire. Cette autre fiction n'est possible que quand la bonne foi a cessé : *Fictio fictionis non datur*, dit Godefroy sur la loi 12, § 2, D., *Mand.*, et c'est ce que Menochius exprime en ces autres mots : *Duæ fictiones circà idem concurrere non possunt* ; principe trop absolu cependant, et qu'il ne faut entendre que du seul cas où, comme dans notre espèce, l'une des deux fictions détruit l'autre (1).

La même distinction a naturellement lieu lorsque, propriétaire d'une lettre de change tirée par un tiers sur un tiers, le locataire l'a endossée au locateur. Quand celui-ci la détient encore, il en doit la remise, ni plus ni moins que la restitution de la chose. En vain voudrait-il se prévaloir de l'art. 136 du Code de commerce, d'après lequel « la propriété d'une lettre de change se transmet par la « voie de l'endossement. » La propriété de la lettre a sans doute été transmise, mais c'est au profit du maître dont on gérait l'affaire.

Ces espèces sont susceptibles d'une infinité d'autres modifications; mais toutes se décident par le même principe : « L'objet de la fiction une fois rempli, la vérité reprend ses droits. »

Résumons : reçue *bonâ fide*, la tradiction effective transmet sur-le-champ la propriété du meuble vendu par quelque abus de confiance que ce soit, délit ou non délit.

(1) L'art. 960 du Code Napoléon feint que le posthume est déjà né ; l'art. 966 feint qu'il représente. Ce sont deux fictions *circà idem* qui peuvent très-bien coexister.

Apprît-il, un instant après, le dol de son vendeur, l'acheteur n'en est pas moins approprié incommutablement. Il y a présomption *juris et de jure* que le propriétaire a cessé de l'être. Vînt-il donc les mains pleines de titres et de preuves, *non est audiendus*.

Item de la chose escroquée;

Secùs de la chose volée, de la chose filoutée et du larcin;

Non que la bonne foi du possesseur lui soit tout à fait inutile; elle produit, à bien des égards, les effets de la vérité (V. *suprà*, n° 175). Mais elle ne confère pas l'incommutabilité.

Car, le propriétaire vient-il à paraître, le propriétaire fictif disparaît; son *interim* est fini, *redit res ad suam naturam*.

Néanmoins, ce qui est fait est fait; tout demeure en l'état; tout doit être rendu, tout doit être reçu en l'état *deductis expensis* (V. *infrà*, n° 183).

L'acheteur apprend-il la vérité de quelque autre manière, le charme est encore rompu. Le propriétaire fictif se change incontinent et forcément, ou en dépositaire, ou en gérant de la chose d'autrui; et, s'il parvient à découvrir le propriétaire (car il doit s'en informer), ou que celui-ci survienne, tout, depuis le vol connu, devra être réglé par les lois du mandat ou par les lois du dépôt, selon que la chose aura été gérée (1), ou simplement conservée en l'état où elle était quand la fiction a pris fin.

179. — Mais se livrer sciemment d'un meuble confié ou volé, c'est participer au dol, et dès lors point de fiction possible au profit du possesseur; car la complicité

(1) Nous saisissons cette occasion pour répondre à un reproche adressé par plus d'un auteur au § 1er, chap. 3, de notre t. 2.

Cette dissertation, a-t-on dit, est un *hors-d'œuvre*. Mais, puisque le gérant *se soumet*, ipso facto, *à toutes les obligations qui résulteraient* d'un mandat exprès *que lui aurait donné le propriétaire* (article 1372 C. civ.), on n'eût pas mal fait de nous dire comment la gestion des affaires d'autrui peut être étrangère au mandat, dont les lois la gouvernent.

identifie le complice avec l'auteur, et nul ne peut être censé avoir donné à celui-ci mandat de le voler, ni de le dépouiller par abus de sa confiance (V. t. 5, n° 26). Ce serait feindre contre la nature des choses, c'est-à-dire, contre la vérité même *in genere*, ce qui n'est pas permis. Ainsi, quant aux restitutions et aux dommages-intérêts, nous n'avons plus à distinguer entre les deux délits, si ce n'est pour un cas unique et tout exceptionnel dont il sera parlé dans ce numéro même. A cela près, *qui dicit de uno, dicit de altero.*

Le 1er avril 1853, Jacques, carrossier, loueur de chevaux et de voitures, à Nantes, loue, pour deux mois, qui finiront le 31 mars suivant, à Jéroboam, entrepreneur de transports dans la capitale, une diligence à moitié neuve avec coupé, et un attelage de quatre chevaux, pour voyager de Nantes à Paris et retour, l'entretien de la diligence, la nourriture, le ferrage des chevaux, etc...., à la charge du preneur. Les loyers, à raison de 500 fr. par mois pour les chevaux, et de 500 fr. par mois pour l'attelage, sont payés d'avance; la voiture et les chevaux délivrés.

Les retours de Jéroboam s'effectuent régulièrement jusqu'au 30 mars. Mais, ce jour ni les jours suivants, on ne le voit plus reparaître.

Justement alarmé, Jacques se rend à Paris, et, à peine arrivé, il apprend que Jéroboam, déclaré en faillite, avait pris la fuite.

Mais qu'étaient devenus les chevaux et la diligence? C'est sur quoi nul ne put le renseigner.

Après bien des recherches inutiles, Jacques remet à un correspondant et à la préfecture de police le signalement des objets détournés, et regagne son domicile.

Plusieurs mois s'écoulent, et Jacques reste toujours dans la même ignorance. Enfin, vers la mi-décembre, son correspondant l'informe que c'est un marchand de cuirs, nommé Balthazar, qui a acheté le tout, et tout fait conduire à sa maison de campagne à deux kilomètres de Melun ; que, mandé à la préfecture de police, il avait avoué le fait de son achat, mais en affirmant qu'il avait

acheté et reçu de bonne foi, à telles enseignes qu'on lisait encore sur la caisse de la diligence : *Entreprise Jéroboam* (1).

Presque aussitôt, Jacques est à Paris, et, sous très-peu de jours, il acquiert la preuve évidente et multiple que Balthazar, créancier et cousin de Jéroboam, était son complice. En conséquence, le 31 décembre, assignation à lui et au syndic.

La revendication est admise sans difficulté. Mais, vu l'importance des allocations demandées, le tribunal ordonne que les restitutions ou dommages et intérêts seront fournis par état à l'audience de huitaine.

Jacques réclame :

1° Pour vingt-deux mois de loyers, à 1,000 fr. par mois	22,000 fr.
2° Pour la valeur (*pretium*) de la voiture qui est hors de service, ayant été brisée par le feu du ciel sous la remise de l'acheteur	5,000
3° Pour la valeur des quatre chevaux dont trois ont été vendus en foire par Balthazar, et un lui a été volé	4,800
	31,800 fr.

Le tout, sans préjudicier aux autres conclusions déjà prises quant aux frais de voyage, de séjour, retour, dépens, etc....

Au soutien de l'art. 1er, Jacques produit le bail, en invoquant la dernière disposition de l'art. 1302 du Code Napoléon.

Quant à l'art. 2, en déclarant que la diligence ne lui a pas coûté au delà de 4,000 fr., y compris la main-d'œuvre et sa propre industrie, il pose en fait que, depuis vingt-deux mois, le prix des locomotives de cette espèce s'est considérablement accru, ce qui est, dit-il, de notoriété, et qu'il

(1) L'entrepreneur locataire en use ainsi habituellement, ce qui ne dit, ni ne prouve, que la voiture est sa propriété. Il en résulte seulement une induction à le croire propriétaire de l'entreprise.

use de modération en ne réclamant qu'un quart au-dessus du prix de revient.

En ce qui touche le troisième article, Jacques présente une attestation du Préfet et de l'Intendant militaire, constatant que, s'il avait pu, dans la dernière quinzaine de décembre, livrer quatre chevaux propres au service des diligences, l'administration les lui eût achetés et payés 1,200 fr. chacun.

Balthazar, tout en avouant le fait, se récrie sur l'énorme exagération des chiffres, notamment en ce qui concerne les loyers, l'acheteur n'ayant ni perçu de loyers, ni fait aucun usage pour lui-même de la diligence qui fut frappée d'un coup de foudre deux jours après l'achat, cas forfuit dont il ne doit pas plus répondre que du cheval volé; qu'ayant vendu les trois autres chevaux à raison de 400 fr. l'un (ce qui était un très-bon prix), il ne doit pas davantage. En définitive, il se réfère à la sagesse des magistrats, et le syndic adhère.

Sur tout cela, *quid juris ?*

Il faut répondre :

1° Les vingt-deux mois de loyers demandés par Jacques lui sont légitimement dus. Si Balthazar les eût perçus, il serait tenu de les restituer : *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsâ re præstare* (1). D'un autre côté, pour estimer les fruits, il n'y a point à s'informer si le possesseur de mauvaise foi les a perçus ou ne les a pas perçus; il suffit que le propriétaire eût pu les percevoir si on ne l'avait pas privé de l'usage de sa chose : *Generaliter autem, cùm de fructibus quæritur constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset* (L. 62, § 1, D., *De rei vindicat.*).

Même décision dans la loi 33, D., *eod. tit.*, où il est dit : *Fructus non modò percepti, sed et qui percipi honestè potuerunt, æstimandi sunt.*

(1) L, 22, Cod., *De rei vindicat.*
V. aussi la loi 17, C., *eod. tit.*, et la loi 3, C., *ibid.*, *De condict. ex lege*, etc...

Constamment suivies dans le droit commercial, ces décisions du droit romain sont érigées en loi par l'art. 1149 du Code civil dans la disposition qui porte : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite, et du gain dont il a été privé, » et rien n'est plus conforme à l'équité naturelle. Quoi de plus juste, en effet, que de restituer le bien d'autrui, et de réparer la perte qu'on lui a causée ? Il n'est, dans le résultat, aucune différence entre empêcher quelqu'un de percevoir les fruits de sa chose, et les lui soustraire quand il les a perçus. C'est ce que saint Thomas exprime en ces termes : *Quicumque damnificat aliquem, videtur ei auferre id in quo ipsum damnificat* (1).

Il n'y a donc ici qu'une question de pur fait, celle de savoir s'il eût été impossible à Jacques de louer sa voiture et ses chevaux, comme il serait arrivé, par exemple, si une loi de l'État avait attribué au gouvernement le droit exclusif de transporter des voyageurs. Mais, hors le cas de cette évidente impossibilité, ou autre pareille, on présume toujours que celui dont le commerce est de louer aurait tiré des fruits de sa chose.

L'élévation du chiffre ne met point obstacle à l'allocation demandée. Ce qui a été loué 1,000 fr. par mois peut l'être encore au même prix ; *ab actu ad posse valet consequentia*. Cependant, si les circonstances induisaient à croire que, depuis l'expiration du bail, le prix s'est élevé, ou abaissé, il est au pouvoir du juge, ou d'arbitrer lui-même les dommages et intérêts en se déclarant suffisamment édifié pour en faire une juste appréciation, ou d'ordonner, soit une enquête, soit une expertise, ou enfin, vu la défaveur qui s'attache au délinquant, de prendre le serment de Jacques, dont la réputation est sans tache, sur l'importance de son préjudice.

Quant à l'art. 2, il est exagéré.

En effet, le bail produit constate que la diligence était

(1) Saint Thomas, 2, 2, q. 62, art. 4. Saint Thomas n'était pas seulement un profond casuiste; c'était aussi, et par cela même, un très-savant jurisconsulte.



usée à demi. Elle avait donc un vice propre qui devait immanquablement la faire périr tout aussi bien chez Jacques que chez Jéroboam ou chez Balthazar, moitié plus tôt que si elle eût été toute neuve. D'ailleurs, la dernière disposition de l'art. 1302, qui est une exception à sa disposition immédiatement précédente, ne se rapporte qu'au vol, et il s'agit ici d'un abus de confiance. Or, les exceptions se limitent à leur objet (V. *suprà*, n° 177).

Enfin, l'art. 1302 ne dit pas qu'il est au pouvoir du juge d'estimer la chose au delà de sa valeur; il décide seulement *in odium doli*, que, là où le possesseur de bonne foi ne répond pas de la perte, le possesseur de mauvaise foi en est garant. La demande de 5,000 fr. doit donc être réduite.

Au contraire, il n'y a rien à rabattre sur l'art. 3. Inutilement Balthazar a-t-il prouvé que Jacques n'avait acheté les quatre chevaux que 300 fr. l'un; *frustrà probatur quod probatum non relevat*. Les eût-il achetés beaucoup moins, sa demande serait encore bien fondée, car à chaque instant du jour le possesseur de mauvaise foi est en demeure de restituer : *Fur* (1) *semper est in morâ restituendi*. Par conséquent, dès qu'il est justifié que, si Jacques avait pu livrer ses chevaux dans la dernière quinzaine de décembre, la guerre les lui eût payés 4,800 fr., leur estimation en est toute faite : *tant vaut la chose comme on en peut avoir* (Loysel, tit. *Vente*, règle 5).

Il en est ainsi du louage. Par exemple, si Jacques avait établi que, depuis le bail fini, il aurait pu louer sa voiture et ses chevaux 2,000 fr. par mois, il serait injuste de les lui refuser : *Quemadmodùm, in emendo et vendendo, na-*

(1) Loi fin., D., *De condict. furt*. N'oublions pas que, dans les lois romaines, la dénomination de *furtum* comprenait aussi l'abus de confiance (V. *sup.*, n° 177 *in notis*). Plus tard, *favore publici commercii*, on en fit la différence. L'un fut nommé *furtum proprium*; l'autre, *furtum improprium*. La raison de cette distinction et ses effets sont très-bien expliqués dans un grand nombre de discours de Casaregis, et principalement dans son disc. 189. Mais, sur plusieurs points fort importants, les explications de cet auteur ne se trouvent en rapport ni avec le Code civil, ni avec le Code pénal, ni avec le Code d'instruction criminelle.

turaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere..... ità et in locationibus quoque et conductionibus, idem juris est (Loysel, *ubi suprà*) ; ce qui peut ainsi se traduire dans le style de Loysel : « tant vaut la chose de loyer comme on en peut tirer. »

En dernier résultat : Mettez à l'inverse le numéro précédent, et, aux impenses près dont il sera traité n° 183, vous aurez la somme des obligations imposées au possesseur *malæ fidei*.

Au reste, ces mêmes obligations sont très-bien résumées dans ce passage de saint Raimond (1) : *Undè, nec pretium quod dedit poterit repetere ab illo cujus res est, nec expensas quas ibi fecit* (V. cependant *infrà*, n° 183); *et omnem utilitatem quam ex illâ re habuit, tenetur restituere. Si restituat etiàm rem deteriorem quàm ad ipsum pervenit, non liberatur.*

L'équité de ces règles, fondées sur le droit naturel, est d'une telle évidence, que leur application ne présente jamais de bien grandes difficultés. Mais voici une question qui en offre un peu plus.

Deux mois après avoir payé la condamnation consulaire, ayant su que le quatrième cheval avait été volé par Jéhu, loueur de chevaux à Provins, Balthazar rend plainte en se portant partie civile, et Jéhu comparaît aux assises accusé d'avoir commis, au préjudice du plaignant, le vol d'un cheval, nuitamment et avec effraction extérieure, dans les dépendances d'une maison habitée. Informé par les papiers publics, Jacques se transporte à Melun, assiste à l'audience, et, avant la fin des débats, un avoué constitué par lui conclut pour son client à ce qu'il lui soit donné acte de son intervention, comme partie civile, fondée sur ce que le cheval est sa propriété. Verdict affirmatif; plaidoiries à fins civiles.

Jacques établit clairement que le cheval lui appartenait. Il y a même sur ce point aveu de Jéhu et de Balthazar.

Mais Balthazar n'en conclut pas moins au rejet de l'in-

(1) In sum., lib. 2, tit. 6, § 7.

tervention, par le motif que Jacques, qui a reçu de lui les 1,200 fr., prix du cheval, ne peut raisonnablement les exiger de nouveau. Sans doute, continue le plaignant, Jéhu doit être condamné au payement de cette somme ; mais c'est à mon profit, comme subrogé aux droits du propriétaire que j'ai payé.

Jéhu, de son côté, excipe à la fois, et contre le plaignant, et contre l'intervenant : contre le plaignant, dont l'action a sa source dans un fait d'improbité, personnel à ce plaignant ; contre l'intervenant, dont la créance est éteinte.

Nous ne savons pas trop que répondre, en droit, à la double exception du voleur.

En payant les 1,200 fr., Balthazar a éteint une créance dont il n'y avait pas d'autre débiteur que lui. Point donc ici de subrogation possible aux droits du propriétaire. Il n'y en aurait même pas au profit de Balthazar contre Jéroboam dont il est le complice (1). A plus forte raison ne peut-il pas y en avoir contre l'accusé Jéhu ; car nulle connexion entre leur délit d'abus de confiance et le vol dont il s'agit. Ce sont deux faits aussi distincts par leur nature, qu'ils le sont par leur qualification respective, et par les époques où ils se sont produits. Cela est si vrai, que l'un de ces délits pourrait être prescrit, et l'autre ne l'être pas.

D'un autre côté, nul n'acquiert une action par son fait

(1) « Si la dette solidaire procède d'un délit commis par quatre « particuliers, chacun est bien débiteur solidaire vis-à-vis la per- « sonne envers qui le délit a été commis ; mais entre eux chacun « est débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'est-à-dire, chacun « pour son quart. »

C'est ainsi que Pothier s'exprime (*Oblig.*, n° 264). Nous ne sommes pas de son avis.

Que, selon le droit naturel, l'obligation de quatre voleurs se divise entre eux, nous ne refusons pas de le croire. Mais, si l'un des coauteurs a payé la dette entière, il est sans action contre les trois autres. Les tribunaux sont institués pour punir les voleurs et pour leur infliger des réparations civiles. Mais leurs contestations sur le partage de la dette, qu'ils les vident entre eux comme ils voudront. Ils sont indignes que la justice s'en occupe plus que du partage de la chose volée (V. notre t. 1, n° 50).

malhonnête : *Rectè dicitur neminem ex improbitate suâ consequi actionem* (1). Le plaignant n'est donc pas recevable, et, son action écartée, le débat n'existe plus qu'entre l'intervenant et Jéhu.

Envisagée sous un certain rapport, l'intervention paraîtrait admissible. La fiction de propriété n'étant constituée qu'en faveur de la bonne foi, jamais Balthazar ne fut propriétaire. Ce n'est donc pas son cheval qui a été volé ; c'est le cheval de Jacques, et, *quoniàm dominus*, celui-ci aurait une action. Mais *jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuriâ, fieri locupletiorem* (L. 206, *De div. reg. jur.*). Tel est pourtant l'état du procès, qu'il semble impossible d'adjuger ses conclusions à Jacques, ou de les lui refuser, sans blesser ce principe, plus ou moins; car, s'il les obtient, il va recevoir un prix qu'il a déjà reçu, et, comme dit le proverbe, *assez est payé qui est une fois payé ;* s'il en est débouté, on enrichit le voleur. Il n'est cependant pas d'autre alternative, et parmi nous, le magistrat ne peut pas l'esquiver moyennant un N. et un L. (2). Il est tenu de juger.

Eh bien ! sauf meilleur avis, voici le nôtre :

Dans le conflit de deux utilités publiques, ou de deux équités, la plus grande l'emporte : *Major utilitas publica, major æquitas*, semper prævalet minori (V. *suprà*, n° 90). Qu'il nous soit permis, vu la nécessité, de formuler une règle additionnelle à cette double règle de Casaregis : « De deux inconvénients on doit choisir le moindre; *minor iniquitas semper præfertur majori.* » Or, il est, à coup sûr, moins contraire aux bonnes mœurs et à l'intérêt public d'accorder deux indemnités au propriétaire, qu'une prime d'encouragement à son voleur, lequel, après tout, ne souffre ici ni injustice, ni perte, nec INJURIAM, nec DETRIMENTUM.

Rien mieux que cette espèce ne nous a paru propre à mettre en évidence l'indispensabilité de l'art. 4 du Code

(1) Don., *De jur. civ.*, lib. 15, cap. 3, n° 18; Loi 12, D., *De furtis*; Inst., liv. 4, § 13.
(2) *Non liquet.*

civil, et la vérité de cette proposition du discours préliminaire : « Un Code, quelque complet qu'il puisse paraî« tre, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inat« tendues viennent s'offrir au magistrat. »

A Rome, *jure antiquo*, avant l'établissement, ou, ce qui est plus exact, avant le rétablissement de peines corporelles contre les voleurs, on accordait une double, et, en certaines circonstances, une quadruple indemnité au propriétaire. De plus, autant de voleurs réunis, autant d'actions, en sorte, *v. g.*, que, dans l'espèce de quatre voleurs en complicité, il pouvait arriver que le volé cumulât seize indemnités outre la revendication de sa chose. On ne voyait à cela aucune injustice. Au fait, il n'y en avait aucune, car le coauteur d'un vol a tout aussi bien commis le vol, et il est même plus coupable que s'il en était seul auteur. On eût craint de multiplier les réunions criminelles en divisant *in partes viriles* et en allégeant ainsi la responsabilité. Chaque voleur était donc condamné IN SOLIDUM, ce qui signifie au total du double ou du quadruple pour son compte (1) ; et ce n'était pas la solidarité dont les effets entre codébiteurs sont réglés par l'art. 1213 du Code civil, disposition copiée de Pothier, dont les erreurs sont rares, mais qui s'est mépris cette fois en confondant l'obligation, ou la condamnation *in solidum* ayant pour cause un délit, et dont parlent les lois romaines, avec la solidarité proprement dite, dans laquelle il n'y a qu'une dette et deux ou plusieurs débiteurs du *solidum* de cette même dette de laquelle ils sont tous libérés au moyen d'un seul payement fait par un seul d'entre eux.

180. — Celui qui, de bonne foi, et en vue d'acquérir la

(1) Au temps où les peines étaient arbitraires en France, souvent on infligeait au voleur la peine du fouet et une peine pécuniaire. Toutefois, point de cumul. Mais l'option n'était pas au condamné. S'il avait de quoi payer, on le forçait à payer. C'est ce qu'exprime cette règle de Loysel : *Il n'est pas fouetté qui veut* (tit. *Des peines*, règle 16).

On disait au barreau : *Qui non habet in œre, luit in cute.*

propriété, achète et reçoit un meuble dont je suis le maître, le devenant à ma place en vertu d'une fiction équipollente à la vérité même, il est évident qu'on ne peut lui demander de restitutions quelconques; il n'en doit aucune. C'est une conséquence de la loi *bona fides* (V. *suprà*, n° 178). Mais, s'il a fait rescinder son achat, *v. g.*, parce que la qualité n'est pas celle promise, ou pour vice rédhibitoire, je revendique ma chose, en quelques mains qu'elle se trouve, du vendeur ou de l'acheteur, sauf la rétention que celui-ci peut exercer tant qu'il n'aura pas reçu du vendeur ou de moi la restitution ou le remboursement du prix payé.

181. — Mais, dans l'espèce d'une chose livrée *læsâ fide* et reçue de bonne foi, que faut-il décider si le possesseur n'ignorait pas l'abus de confiance quand il a revendu ou loué cette chose? V. *suprà*, n° 178, où il est dit que l'acheteur *bonæ fidei* vînt-il à connaître le dol de son vendeur un instant après la délivrance, il n'en est pas moins approprié incommutablement. C'est encore une conséquence directe de la loi *bona fides*. Le possesseur n'ayant donc fait que disposer de sa chose, ou en user, le profit qu'il a fait en revendant, ou les loyers stipulés lui appartiennent incontestablement.

A Rome, *jure antiquo*, la question avait fait difficulté. Mais elle est décidée, en faveur du possesseur, par la loi 10, tit. 3, D., *De usurpat. et usucap.*, laquelle porte : *Si aliena res bonâ fide empta sit, quæritur, ut usucapio currat, utrùm emptionis initium, ut bonam fidem habeat exigimus: et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium;* et Justinien a confirmé cette décision dans la loi unique, tit. 31, au Code, *De acquir. et retin. poss.:...... justa detentio quam in re habuit* (possessor) *non interrumpatur ex posteriore forsitan alienæ rei scientiâ.*

Il en est autrement dans la soustraction frauduleuse, et nous en avons dit la raison *suprà*, n° 175. Durant la bonne foi du possesseur, il était si bien le maître que, s'il eût revendu et livré la chose, le propriétaire n'aurait au-

cune action contre lui, et que s'il l'eût louée, il gagnerait les fruits perçus (V. *suprà*, n° 178). Mais à moins d'avoir fait des démarches inutiles pour découvrir le propriétaire, et de s'être porté *negotiorum gestor*, *v. g.*. parce que la marchandise était en voie de dépérir, la vendre et en toucher le prix après avoir su qu'elle provenait d'un vol, c'est devenir complice de ce vol, et se soumettre ainsi à toutes les obligations imposées au possesseur *malæ fidei*. Le vendeur doit donc ici la restitution des fruits perçus, et, de plus, *quoniàm pro possessione dolus est*, le prix de la chose, eu égard à sa plus grande valeur (*quanti ea res fuit*) depuis le vol commis. La raison est qu'à partir de cet instant, il était en demeure à chaque instant (V. la loi 8, § 1, D., *De condict. furt.*).

Dans cette espèce, il n'y a point à distinguer entre la chose volée et la chose confiée.

182. — Les choses dont le propre est de se remplacer les unes les autres, sont, de leur nature, insusceptibles de produire des loyers. Quand un munitionnaire, dont les approvisionnements doivent être constatés chaque mois, me prend à titre de louage *ad ostentationem*, *v. g.*, cent sacs de tel blé, pesant chaque 500 kilog., à la condition qu'il me les rendra identiquement dans les trois mois, plus trois sacs de même blé et de même poids, il n'intervient entre nous aucun bail, ni aucun prêt *mutuum*; c'est un *commodatum* usuraire. Mais les choses fongibles et les choses non fongibles ont cela de commun qu'on peut également les vendre, ou les revendre ; et l'on demande si le second acheteur qui a pris livraison de 10,000 kilog. de sucre volé, ne les sachant pas volés, et les a revendu' avec profit dans la même ignorance, doit la restitution, soit du prix, soit du profit, soit de l'un et l'autres ou si l'un et l'autre est sa légitime propriété.

La réponse est facile :

Sans doute, si l'acheteur dont il s'agit avait encore la chose par devers lui, il devrait la rendre sans pouvoir exiger le prix de son achat (V. *suprà*, n° 178, p. 362). Mais il ne le possède plus. On n'a donc pas contre lui

l'action revendicatoire; car, s'il est reçu en droit que le prix tient lieu de la chose, cet expédient, introduit pour déjouer la fraude en la frappant d'inefficacité, n'a d'application qu'au possesseur qui a perdu la possession par son dol (V. *suprà*, n° 177), et ce n'est pas notre espèce. Or, qui ne doit restituer, ni la chose, ni le prix de la chose, ne saurait devoir de restitutions accessoires. C'est toujours une conséquence de la loi *bona fides*.

Au contraire, celui qui, *malâ fide*, transmet la possession à autrui, se soumet, par ce fait, à toutes les restitutions, à toutes les obligations énumérées *suprà*, n° 179.

Mais cette doctrine de saint Raimond, faut-il la limiter aux seuls cas qu'il indique? C'est une question qui a son intérêt et ses difficultés. Par exemple, quand, se rendant complice d'un abus de confiance, Jonathas revend la chose, et que, avec le produit, il gagne à la coulisse 6,000 fr. de rente 3 p. 100, il doit évidemment la valeur de la chose et des dommages-intérêts, s'il y a lieu, n'eût-on pas pu les prévoir dans une convention. Mais doit-il aussi transférer les 6,000 fr. de rente au propriétaire volé?

Notre question est ainsi résolue par Cabassutius (1), célèbre canoniste : « Si, en exposant au jeu l'argent volé, « le voleur vient à obtenir, par son industrie personnelle « ou par un coup de fortune, un gain qui ne serait pas « advenu au maître, ou que celui-ci n'aurait pas fait eût- « il possédé sa chose, il est en droit de retenir ce qu'il a « gagné » : *Fur qui ex alienâ pecuniâ, sivè per suam industriam, sivè per fortunam suam, ut si pecuniam alienam ludo exposuerit, ex quo notabile lucrum sit consecutus, quod domino rem suam possidenti non obvenisset, potest sibi lucrum retinere.*

C'est aussi la décision de saint Thomas (2), suivie par Pontas (3) sous-pénitencier de l'église de Paris. La raison que celui-ci et Cabassutius en donnent, c'est qu'un tel

(1) Joan. Cabassut., *Juris can. theor. et prax.*, lib. 6, § 13, n° 2.
(2) 2, 2., q. 78, art. 3, *In corp.*
(3) *Dict. des cas de conscience*, V. **Restitution**, cas. III.

gain est un fruit particulier de la propre industrie du voleur, laquelle ne peut tourner au profit d'un autre, parce qu'elle lui est personnelle comme sa bonne fortune (1).

Doit-on décider de même sous la législation qui nous régit? Nous ne le pensons pas.

Remarquons d'abord que, contre leur commune habitude, nul des trois canonistes ne cite de lois romaines. Et pourquoi? C'est qu'il n'en est aucune où l'espèce soit prévue, et elle ne l'est pas davantage dans le Code Napoléon. Nous voici donc encore forcés de recourir à l'art. 4 de ce Code, disposition qui, sous une autre forme, est la répétition de la loi 12, au Digeste, *De legibus*, ainsi conçue : *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi : sed cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest ad similia procedere, atque itâ jus dicere debet.* Le premier devoir du juge, en cette occurrence, est donc de décider par analogie (*ad similia procedere*), c'est-à-dire avec le plus de conformité qu'il pourra aux règles déjà établies sur la même matière. Pour cet effet, il faut nécessairement remonter à leur objet et en consulter l'esprit.

A proprement parler, le Code civil ne punit pas le vol; c'est l'affaire du Code pénal; il sévit à sa manière contre le dol que le vol implique toujours (2), et le réprime plus sévèrement que toute autre espèce de dol. On en voit la preuve dans l'art. 1302. « Lors même que le débiteur est en de- « meure, porte cet article....., l'obligation est éteinte

(1) Ces mots *bonne fortune*, qui n'entrent, sans doute, dans le vocabulaire du droit canonique que faute d'une expression mieux appropriée à l'objet de ce droit, nous semblent pris d'une loi romaine dont voici l'espèce : Un esclave commun à deux maîtres par portions inégales, ayant fortuitement trouvé un trésor dans le terrain d'autrui, question de savoir si la partie du trésor appartenant aux maîtres leur appartenait en égard à la part que chacun d'eux avait dans l'esclave, ou, au contraire, par portions égales; et le jurisconsulte Triphonius répondit que le premier mode de partage devait seul être suivi, parce que l'invention du trésor était réputée un *donum fortunæ*, c'est-à-dire, un présent du *hasard*, une bonne fortune (L. 63, § 1, D., *De adquir. vel amitt. poss.*).

(2) *In furto semper inest et dolus*, dit le président Favre. La définition du vol le dit assez d'elle-même : *Contrectatio* fraudulosa.

« dans le cas où la chose fût également périe chez le « créancier, etc...

« De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait « été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a sous- « traite de la restitution du prix. »

Ce dernier alinéa est évidemment inique, et, frappé de cette évidence, après avoir rappelé le principe qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, M. Duranton s'exprime en ces termes (t. 12, n° 506) : « Qu'on lui ap- « plique (au voleur) les dispositions pénales portées contre « le vol, rien de mieux, parce qu'il y a un délit à punir; « mais, quant aux dommages-intérêts, qui ne peuvent ja- « mais consister que dans la perte que l'on a faite et dans « le gain dont on a été privé (art. 1149), il n'en doit pas « être dû par celui qui n'a causé aucune perte réelle, « quelque blâmable que soit d'ailleurs son action. » En conséquence, le savant professeur ne pense point que l'article 1302 doive être étendu au cas où la chose fût également périe chez le maître.

Cette conclusion serait juste s'il s'agissait ici de dommages-intérêts. Mais ce n'est pas de quoi il s'agit. La seconde disposition de l'art. 1302 n'a qu'un objet, mulcter le voleur pour protéger la propriété, premier fondement de l'ordre social. Cela est si vrai, que la peine civile infligée en ce cas au malfaiteur lui est toute personnelle; elle n'atteint pas ses héritiers (1), qui en seraient chargés si on la lui eût imposée à titre de dommages et intérêts.

Cette anomalie *ab irato*, laquelle, abstraction faite des hautes considérations qui l'ont dictée *in odium furti*, serait le comble de la déraison et de l'injustice, que prouve-t-elle donc? Elle ne prouve qu'une chose : c'est que la loi civile a voulu pousser la rigueur jusqu'aux dernières limites envers le dol sans lequel le vol ne peut être commis. Voilà son esprit, et l'on connaît son objet.

Eh bien! qu'on se le demande : Serait-il analogue à cet esprit, serait-il favorable à cet objet de proclamer au civil un voleur que le juge criminel envoie aux travaux

(1) C'est la très-juste observation de M. Toullier, t. 7, n° 468.

forcés, propriétaire légitime de la grosse somme qu'il a gagnée au jeu avec le produit d'un crime qui l'a fait condamner à une peine afflictive et infamante?

Nous adjugerions donc au volé les 6,000 fr. de rente. Il est plus digne que le voleur de cette *bonne fortune*, puisque, sans son argent, qui risquait d'être à jamais perdu pour lui, les 6,000 fr. de rente n'eussent pas été gagnés.

S'ensuit-il que, à notre avis, Cabassutius et Pontas se soient trompés avec l'Ange de l'école, qui, au reste, ne parle pas de la bonne fortune, mais seulement de l'industrie personnelle du malfaiteur? Assurément non : leur décision est irréprochable parce que, quand un cas n'est pas prévu dans la loi sociale par un texte explicite et promulgué, le juge pénitencier, que ne sauraient astreindre des dispositions pareilles à l'art. 4 du Code civil, décide tout, et doit tout décider selon le pur droit naturel qui, protecteur général de la grande société humaine, et n'en protégeant aucune par des moyens spéciaux, ne connaît qu'un Code, celui de la conscience, le seul qui n'ait pas besoin de promulgation. Or, *in foro poli*, le voleur n'est tenu que d'une double obligation : restituer la chose *nec deteriorem*, et réparer le préjudice que la privation de cette chose a causé au propriétaire.

183. — Il nous reste à exposer, le plus brièvement que nous pourrons, une théorie des impenses, et, tout d'abord, il faut savoir qu'elle n'aura d'autre objet que les impenses relatives à la chose volée, ou à la chose détournée dont l'auteur du délit ou son complice a la possession, par opposition aux mêmes choses possédées *bonâ fide*.

D'après la définition que beaucoup d'auteurs en donnent, les impenses sont « des frais faits pour conserver une chose, « ou l'augmenter de valeur, ou seulement pour l'embel« lir (1). »

Cette définition n'est pas claire :

Pour signifie afin de..... en vue de... *eâ mente ut.....*

(1) V. M. Rolland de Villargues, v° *Impenses*.

Or, en cette matière, l'intention n'est comptée pour rien. Le résultat seul est à considérer. Par exemple, au nombre des impenses sont les frais du ferrage d'un cheval, ou du traitement de sa maladie. Mais, quand le vétérinaire ou le maréchal-ferrant l'a rendu plus malade ou boiteux (ce qui arrive assez souvent), il y a détérioration, par suite, un préjudice à réparer si le possesseur est de mauvaise foi, et conséquemment point d'impenses.

Nous définirons plus tard. On n'en verra que mieux si notre définition est correcte ou fautive.

Une division générale des impenses, adoptée à Rome, était celle-ci : Les impenses sans lesquelles la chose allait périr, ou dépérir. Celles-ci étaient nommées nécessaires : *Impensæ necessariæ sunt quæ, si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*; celles qui n'étaient qu'utiles, c'est-à-dire, qui augmentaient la valeur de la chose, sans concourir en rien à sa conservation présente ou future : *Utiles impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant*, [*non*] (1) *deteriorem esse non sinant ; ex quibus reditus mulieri adquiratur*; et les impenses de pur ornement, c'est-à-dire, qui n'augmentaient pas le revenu du propriétaire : *Voluptuariæ sunt, quæ speciem duntaxat ornant, non etiàm fructum augent* (L. 79, D., *De verb. sign.*).

Voici une espèce où, sous notre ancien droit, ce triple principe du droit romain venait en application :

« Colomban ayant volé à Claude une pendule sonnante, » de laquelle le mouvement n'était que de deux jours, et » dont les deux ressorts étaient rompus, il fit la dépense

(1) Remarquez que la loi s'occupe uniquement en cet endroit de la dot de la femme. A ce point de vue, on ne considérait pas comme utiles (en ce sens qu'on pût les répéter) les dépenses faites pour prévenir la détérioration du fonds dotal (les dépenses qui, parmi nous, sont nommées dépenses d'entretien), et rien n'était plus juste, puisque le mari en faisait siens les revenus. La loi elle-même en donne une autre raison qui n'est pas moins décisive. Mais généralisez la loi en substituant à *dotem* le mot *rem*, comme le fait la loi 38, *in fine*, D., *De pet. hæred.*, et la logique vous conduira à supprimer intellectuellement le mot *non* qui est dans la loi entre deux crochets.

« d'en faire fabriquer deux neufs et de rendre le mouve-
« ment en état d'aller quinze jours. En outre, il en fit
« dorer le cadran et les pivots. »

Le voleur découvert, et la restitution ordonnée, fallait-il lui allouer ses dépenses dans leur entier, ou seulement l'une ou quelques-unes d'entre elles, et lesquelles, ou n'avait-il droit à rien ?

Pontas, à qui nous empruntons cet exemple (1), résout ainsi la difficulté :

« Nous disons que Colomban (le voleur) peut, en con-
« science, se faire rembourser par Claude (le propriétaire)
« de l'argent qu'il a payé pour les deux ressorts qui man-
« quaient à la pendule qu'il lui a volée, et pour la faire
« servir quinze jours au lieu de deux, sans la remonter :
« la première dépense étant nécessaire, puisqu'une pendule
« ne peut être d'aucun usage sans ressorts; et la seconde
« la rendant beaucoup plus utile ; et l'un et l'autre enfin
« augmentant de plus de moitié le prix de cette pendule.
« Autrement, il faudrait dire que si Claude n'était pas
« obligé à rembourser à Colomban ces deux sortes de dé-
« penses, Claude pourrait, sans injustice, s'enrichir aux
« dépens de Colomban, ce qui est contraire au droit
« même naturel et à cette règle de Boniface VIII : *Locu-*
« *pletari non debet aliquis cum alterius injuriâ vel*
« *jacturâ*, et à cette autre règle du droit romain : *Jure*
« *naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et*
« *injuriâ fieri locupletiorem.* »

Cette décision doit-elle être suivie dans nos tribunaux actuels ? Nous sommes loin de le croire. Elle est pourtant très-conforme à la loi naturelle ; mais la loi sociale a le droit d'y déroger, et elle y déroge en cette occurrence dans l'intérêt de la société. Sa juste sévérité contre la mauvaise foi ne se relâche jamais. Elle est systématique, et se manifeste en toute occasion ; tantôt, en infligeant au dol des dommages et intérêts que nul n'aurait pu prévoir; tantôt, en mettant à sa charge la perte d'une chose qui serait également périe chez le maître ; ici, en lui déniant

(1) Cas. LXXXIII.

les impenses qui n'ont d'autre utilité que d'en augmenter la valeur ou le revenu. C'est précisément ce que fait l'article 1381, ainsi conçu : « Celui auquel la chose est restituée « doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, « de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été « faites pour la conservation de la chose. »

A première vue, on pourrait ne pas apercevoir la différence faite par le Code entre l'utilité et la nécessité d'impenses qui tournent toutes au profit du propriétaire. Mais cette différence n'en est pas moins très-réelle :

Supposez qu'une diligence ayant ses roues en si mauvais état qu'elles étaient, à bien dire, hors de service, le voleur de cette diligence les a fait réparer si la réparation en était possible, ou, au cas contraire, les a fait remplacer. Voilà une dépense évidemment nécessaire à la conservation de la chose eu égard à sa destination, une diligence ne pouvant pas plus voyager sans roues qu'un vaisseau sans voiles ou sans machine à vapeur. En outre, la peinture de la diligence étant usée aux trois quarts, et même éraillée en certains endroits, le voleur l'a fait repeindre à neuf. C'est une dépense qui n'était ni strictement ni actuellement nécessaire à la conservation de la chose, et qui néanmoins aura l'utilité d'en prolonger l'existence. Il en serait de même si, ayant fait remplacer la flèche qui périclitait (dépense nécessaire), il l'avait renforcée d'un ruban de fer. Cette dernière dépense et autres semblables sont les dépenses *utiles* que, dans l'intérêt même du propriétaire, le Code Napoléon ne dénie pas au possesseur *etiàm malæ fidei*. Mais, par de nouveaux aménagements pratiqués dans la voiture, il a trouvé le moyen d'y placer à l'aise un voyageur de plus. C'est une dépense évidemment utile, et pourtant le propriétaire en profitera gratuitement, parce qu'elle n'est d'aucune utilité pour la conservation de la diligence. Tel est le sens de l'art. 1381.

Définissons maintenant :

Les impenses sont les dépenses qui ont pour effet, soit de conserver la chose ou d'en prolonger la conservation, soit d'en accroître la valeur ou le revenu, soit seulement de l'orner.

Si cette définition est exacte, et que Pontas eût à décider aujourd'hui entre Claude et Colomban, il n'allouerait pas à ce dernier la dépense qui a eu pour effet de faire aller la sonnerie pendant quinze jours au lieu de deux jours, parce que, d'une part, pour utile que soit cette dépense, elle n'a pas contribué et ne contribuera jamais à la conservation de la chose, et que, d'un autre côté, selon le droit canonique, les lois de l'État obligent en conscience (1).

Résumons : La division des impenses utiles en deux catégories, adoptée par le Code Napoléon, est le point culminant de cette matière. Car si le possesseur de bonne foi peut toujours répéter ses impenses nécessaires (*quæ rem salvam faciant*), le possesseur de mauvaise foi le peut tout aussi bien, et nul des deux n'a la répétition de ses impenses voluptuaires (*quæ duntaxàt speciem ornant*). Jusqu'ici tout est égal entre eux. Mais l'un ne peut exiger ses dépenses utiles que si elles sont utiles à la conservation de la chose (*quæ deteriorem rem esse non sinant*), sans aucun droit à celles qui ne font qu'en augmenter la valeur ou le revenu, tandis que l'autre peut les exiger toutes indistinctement. *Hæc est summa rei :* Voilà la seule et la très-grande différence.

Avec les explications d'où notre définition découle, les exemples apportés pour en démontrer l'exactitude, et le secours de l'analogie, on pourra, croyons-nous, résoudre, *mutatis mutandis*, un grand nombre de difficultés. Mais on ne les résoudrait pas toutes, parce que, fort souvent, quand le possesseur était de bonne foi, le sort des amélioration qu'il a faites se décide plutôt par des considérations d'équité que par les règles du droit : « Acquéreur d'un « fonds, ne le sachant pas à autrui, vous êtes évincé « après y avoir planté ou bâti : *In fundo alieno quem « imprudens emeras, ædificàsti, aut conservisti, deindè « evincitur.* Un bon juge jugera diversement, eu égard « aux personnes et aux circonstances : *Bonus judex variè*

(1) Pontas l'enseigne lui-même sous quelques rares restrictions dont nous n'avons pas à nous occuper. Mais parmi nous, en général, le principe est reconnu.

« *ex personis causisque constituet.* Supposez que le maître « eût bâti et planté comme vous; il ne peut ravoir le « fonds sans payer les impenses (dans la stricte mesure de « la plus-value) : *Eadem facturus.... reddat impensam ut* « *fundum recipiat.* Supposez vous un homme pauvre qui, « soumis à la même obligation, n'auriez plus ni le foyer « ni les tombeaux de vos aïeux : *Finge pauperem qui, si* « *reddere id cogatur, laribus et sepulchris avitis carendum* « *habeat.* Bonne justice sera faite, en vous permettant « d'enlever du fonds tout ce qui peut en être ôté sans en « amoindrir la valeur au temps de votre achat : *Sufficit* « *tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis, dùm ità,* « *ne deterior sit fundus, quàm si initio non foret ædifica-* « *tum....* » Ainsi s'exprime le jurisconsulte Celsus dans la loi 38, D., *De rei vindicat.*

Revenons, un moment, à l'espèce de Pontas, et feignons, à notre tour, que, après avoir fait dorer la pendule et y adapter le mouvement de quinzaine, Colomban l'a vendue à Jacques qui l'a reçue de bonne foi (*imprudens*), et auquel il est ordonné de la restituer à Claude. Si Claude est un millionnaire, chez qui tout est d'or ou doré, et dont l'intendant était en marché avec l'horloger de l'hôtel pour que les mêmes changements fussent faits à la même pendule destinée à l'antichambre du Crésus, un bon juge condamnera celui-ci au remboursement de la double dépense; et, encore bien qu'il ne la doive pas *secundùm regulam juris*, ce n'en sera pas moins de la bonne justice. Ce que Colomban a fait, Claude se proposait aussi de le faire, *eadem facturus erat;* il ne souffre donc nul dommage. Mais, si Claude est un pauvre calfat, à qui sa vieille tante, qu'il aimait tendrement, a légué la modeste pendule pour qu'il pût être exact à l'appel des ouvriers du port, qui s'y fait chaque jour de grand matin, mettre à sa charge deux grosses dépenses qu'il n'aurait pas faites, et qu'il n'a pas les moyens de payer, c'est équivalemment confisquer sa chose au profit de Jacques, qui pourra la retenir indéfiniment; et l'on arrive ainsi, par le droit rigoureux (*summum jus*), à une énorme injustice (*summa injuria*). Elle est donc bien sage, cette loi romaine qui,

dans les contestations relatives aux impenses, encourage le juge, lorsque le cas y échet, à décider plutôt eu égard à la condition des personnes et aux circonstances, que conformément à la règle du droit ; et ce n'est pas toujours ce que sa tâche a de moins difficile.

Mais, vu l'incompétence de l'équité en matière de dol, nul embarras possible quand le possesseur est de mauvaise foi. Car, plus la loi est rigoureuse à son égard, plus rigoureusement on la lui applique ; et, pour peu que le droit soit douteux, on l'interprète contre lui. Colomban, qui a payé la dépense à l'horloger, aura donc à la payer encore ou à Claude, ou à Jacques. C'est une sorte de *duplum*.

Si la loi se montre inflexible contre la mauvaise foi, elle ne transige pas davantage avec la malice qui consiste à nuire pour le plaisir de nuire. Par exemple, supposez que, par dépit de perdre ses impenses avec Claude (le calfat), Jacques a remis la pendule en son premier état. Il sera condamné à payer le prix de ce qu'il aura fait disparaître, et même, s'il y a lieu, en des dommages-intérêts : *Malitiis non est indulgendum.* La loi citée nous le dit encore avec raison. Une seule chose était permise à Jacques : c'était d'enlever les objets d'agrément qu'il aurait ajoutés à la pendule, et qui, sans la dégrader, auraient pu en être détachés, par exemple, une statuette en ivoire ou en vermeil qu'il y aurait collée, ou placée à vis sur le sommet.

Des choses fongibles peuvent aussi donner lieu à des impenses, mais seulement à des impenses de conservation, lesquelles doivent être remboursées même au possesseur de mauvaise foi. Tels sont les frais faits pour aérer des blés, *avouiller* des vins, bonifier des sucres avariés, etc...

Enfin, tant que le possesseur *etiàm malæ fidei* à qui des impenses sont dues n'en est pas remboursé, il a le droit de retenir la chose.

---

§ II.

DE LA REVENDICATION DU VENDEUR DANS LA FAILLITE DE L'ACHETEUR, OU EXPLICATION DE L'ART. 576 DU CODE DE COMMERCE.

SOMMAIRE.

184. Difficulté du sujet; nécessité de le traiter méthodiquement; sa division en cinq sections.

184. — Il semble que, éclairés par de savantes et longues discussions législatives, les tribunaux et les jurisconsultes devraient, depuis longtemps, être d'accord entre eux, ou du moins avec eux-mêmes, sur les dispositions d'une loi qui touche aux plus grands intérêts du commerce et de l'industrie (notre article 576), et dont l'application se fait cent fois par jour peut-être, depuis près d'un demi-siècle. Cependant on continue de juger les graves questions qui en naissent, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, et l'on dispute encore plus que jamais. Ce phénomène, qui doit exciter des regrets, témoigne hautement que la matière a ses difficultés. Notre premier soin sera d'en rechercher la cause.

Pour rendre nos explications méthodiques et plus faciles à comprendre, nous diviserons notre travail en cinq sections.

La première aura pour objet la nature et la définition de la revendication du vendeur;

La seconde, la revendication du vendeur, avant que la tradition de la marchandise ait été effectuée dans les magasins du failli, ou l'explication du premier alinéa de l'art. 576;

La troisième, la revendication du vendeur, lorsque la marchandise, encore en passage du vendeur à l'acheteur, a été revendue par l'acheteur, ou l'explication du deuxième alinéa de l'art. 576;

La quatrième, le privilége ou la rétention du commissionnaire au cas de revendication par le vendeur;

La cinquième, la revendication improprement dite revendication du commissionnaire qui a saisi, dans un temps où elle voyageait encore, la marchandise payée de ses deniers, et expédiée au commettant.

Section 1. — Nature et définition de la revendication du vendeur au cas de l'art. 576.

SOMMAIRE.

185. Problème que l'art. 576 présente à résoudre; nécessité de remonter à la source de cette disposition; exposé de l'ancienne jurisprudence.

186. Longue et pénible élaboration de l'art. 577 (ancienne loi) ou 576 (nouvelle loi); inconvénients de l'ancienne législation; l'abolition de la revendication en matière de faillite, proposée en 1807, proposée de nouveau en 1838; discussion devant l'empereur Napoléon I[er]; sous quel point de vue l'empereur envisage la question.

187. M. le conseiller d'Etat Jaubert, chargé d'un rapport sur la législation existante; nouvelle discussion après le rapport; transaction législative entre les principes du droit et l'utilité commerciale; art. 577 (ancienne loi).

188. Comment, en 1838, on repoussait le principe de la revendication; comment on le défendait; l'art. 576 est une disposition *contrà rationem juris;* la tradition faite par

le vendeur est révoquée, mais la vente n'est pas résolue.

185. — Le *principium* de l'art. 576 est ainsi conçu : « Pourront être revendiquées les marchandises expé- « diées au failli (1) tant que la tradition n'en aura pas été « effectuée dans ses magasins, ou dans ceux d'un com- « missionnaire chargé de les vendre pour le compte du « failli. »

Ne semble-t-il pas que chacun soit en droit de dire : voilà un texte formel; les termes en sont précis, et tous en comprennent le sens à la simple énonciation? Il n'est personne qui ne sache qu'expédier des marchandises au failli, c'est les mettre en voyage à l'adresse du failli; et personne n'ignore non plus ce que sont des magasins et une tradition qui s'y effectue. Quand tous les mots d'une loi sont purs d'ambiguïté, la volonté du législateur ne doit pas être mise en question : *Ubi nulla in verbis est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis* (2). Trêve donc cette fois d'interprétations et de commentaires. Tout se réduit ici à l'apurement d'un fait : La marchandise est-elle entrée dans les magasins du failli ou de son commissionnaire pour vendre, plus de revendication admissible. Au cas contraire, l'expéditeur revendique à bon droit.

Cette argumentation, en apparence si décisive, est, cependant, une pure illusion. Jamais il ne fut plus à propos de rappeler cette sentence du jurisconsulte Celsus : « Savoir les mots de la loi, sans comprendre la portée de « ces mots et leur énergie, c'est ne rien savoir » *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Or, ce n'est qu'à la source d'une loi que l'on peut s'assu-

(1) V. t. 4, nos 127 et suiv., l'explication de l'art. 100.
(2) Faber, *Ration.*, ad leg. 17, *De legib.*

rer si le législateur s'est servi de telle expression dans un sens unique, ou en divers sens.

« Si un mot, qui a plusieurs acceptions, se trouve placé « dans une disposition de la loi, et que, pris dans une « seule acception, ce mot ne suffise pas à l'entière intel- « ligence de la disposition, il doit être entendu en autant « d'acceptions que la matière à traiter présentait d'as- « pects. » *Verbum in unâ dispositione positum habens diversos respectus, si in uno eorum non potest verificari dispositio, nisi diverso modo, diversi-modè intelligi debet... ut proportionaliter subjectæ materiæ accommodetur* (Casareg., Disc. 172, n°s 14, 15).

Il est encore une chose à laquelle on doit prendre bien garde : c'est de ne pas entendre dans leur acception technique des expressions que le législateur a employées dans leur acception vulgaire (1). Il faut les entendre selon son entente : *Verba intelliguntur juxtà mentem scribentis.* Cela est aussi vrai de la loi que des contrats. Le seul moyen de bien interpréter les expressions d'une loi, c'est donc de remonter aux motifs et à l'objet de sa création : *Ut benè interpretentur* (verba), *requirendus est finis propter quem prolata fuerunt, quâ occasione, et causâ* (Casareg., Disc. 120, n° 27, et Disc. 47, n° 6).

L'ancienne jurisprudence distinguait entre la vente à terme, autrement dite à crédit, et la vente au comptant ou sans jour ni terme.

Dans la vente au comptant, on tenait pour principe, nonobstant la tradition effective, que le payement du prix était une condition suspensive du transport de la propriété. Si donc le prix n'était pas payé, le vendeur n'ayant pas cessé d'être propriétaire, il revendiquait sa chose entrée chez le failli, pourvu que l'identité n'en fût pas douteuse (Savary, parère 85, 3e éd.). Bien plus, il la reprenait dans les magasins d'un tiers qui l'avait achetée à crédit. La revendication ne cessait que si le tiers

(1) Verba vulgari sermone prolata in statutis, vel legibus, debent intelligi secundùm communem et vulgarem hominum sensum (Casareg., Disc. 180, n° 15).

avait acheté et *payé* de bonne foi. Pour ce dernier cas, dit Rogue, *c'est la confiance dans le commerce* (t. 2, p. 34, n° 2).

Lorsque la vente était faite à crédit et la chose livrée, la propriété était transmise inconditionnellement, et, en général, il n'y avait plus lieu à revendication. Les créanciers du failli pouvaient donc revendre. Le vendeur avait seulement le droit de suivre la chose, pour être payé par préférence. Le produit de la vente ne suffisait-il pas, simple créancier pour le surplus, il ne profitait pas de ce que la revente avait pu produire au delà du prix qu'il avait stipulé lui-même.

Ainsi l'ancien système commercial de la revendication et du privilége du vendeur semble, au premier abord, exactement le même que celui consacré par le n° 4 de l'art. 2102 du Code civil. Pourquoi donc cette disposition finale? « Il n'est rien innové aux lois et usages du com- « merce sur la revendication. » C'est que le droit de suite, bien qu'il fût admis partout en matière de faillite, se modifiait par un grand nombre d'usages dont la contrariété, ou la variété, ne permettait pas d'en former un corps de doctrine (1). D'un autre côté, le législateur civil s'était prescrit pour règle de ne rien statuer sur les transactions du commerce.

Tel était l'état des choses, lorsqu'il fut question de fonder un Code marchand.

186. — Aucune disposition n'a été l'objet d'une élaboration aussi longue, d'un examen plus approfondi, que l'art. 577 de l'ancienne loi et l'art. 576 de la nouvelle.

Fallait-il supprimer entièrement ou devait-on conserver, sauf à le restreindre dans certaines limites, le droit de suite, improprement qualifié de revendication (V. t. 3, n°s 201, 234), que la coutume commerciale avait introduit partout et de tout temps au profit du vendeur à crédit?

(1) A Lyon, par exemple, ville essentiellement manufacturière, le vendeur à crédit revendiquait à l'égal du vendeur au comptant.

L'ancienne jurisprudence avait certes un inconvénient bien grave. Le sort des créanciers était aux mains du failli, toujours maître de laisser la marchandise intacte ou de la dénaturer, par conséquent d'assurer ou d'empêcher le succès de la revendication dans la vente au comptant. Il en était de même du privilége dans la vente à crédit ; et, comme un dol lucratif se reproduit toujours en raison égale de sa facilité et de son impunité, l'exercice de ce privilége était presque toujours un concert frauduleux entre le failli et certains créanciers au préjudice de la masse, et particulièrement au préjudice des expéditeurs éloignés.

D'un autre côté, abstraction faite de toute fraude, n'est-il pas juste que, dans un naufrage commun, le sort de tous les naufragés soit exactement le même ?

Tels sont les principaux motifs qui, en 1807, déterminèrent le gouvernement à proposer un article ainsi conçu : « La loi n'admet aucune revendication sur les marchan- « dises ou autres effets mobiliers du failli. »

Débattue au sein du Conseil d'État de l'empire par Napoléon lui-même avec une rare sagacité, et par tout ce que la France possédait alors de plus habiles jurisconsultes, la grave difficulté que soulevait cette proposition s'est reproduite trente et un ans plus tard devant les Chambres constitutionnelles. En 1838, le gouvernement demandait de nouveau l'abolition entière de la revendication et du privilége (1), et alors, comme en 1807, deux systèmes contraires se trouvèrent en présence.

S'agit-il d'une vente sans terme, disaient les partisans

(1) A un intervalle de trente et un ans de distance, les chambres de commerce consultées repoussaient également la revendication, comme une source de difficultés, de fraudes et d'injustices.

En Belgique, lors de la révision de 1851, le projet du gouvernement et celui de la commission proposaient aussi de rejeter d'une manière absolue le principe de la revendication. Mais le tribunal et la chambre de commerce d'Anvers en réclamaient le maintien. Après une discussion où l'on rappela souvent les débats qui avaient eu lieu en France, les partisans de la revendication l'emportèrent, et les dispositions de notre Code furent littéralement adoptées (V. *Comment.* de M. Maertens, p. 679 et suiv.; art. 566-572 C. belg.; et *infrà*, n° 189).

de la conservation, la vente et la délivrance sont également faites sous la condition suspensive que le prix sera payé. Au cas contraire, la propriété n'est pas transmise : *Venditæ verò res et traditæ non alitèr emptori acquiruntur... quàm si is venditori pretium solverit* .. (Gaïus, l. 35, D., *De contr. empt.*). La revendication n'est donc que la conséquence des principes du contrat de vente, qui autorisent le vendeur à reprendre sa chose quand il la trouve en nature.

« Cependant, ajoutait M. Corvetto, dont l'opinion était « partagée par le plus grand nombre de ses collègues, les « ventes sans terme étant les moins communes, il importe « de considérer la revendication sous le rapport de la vente « à terme.

« Certes alors l'acheteur est propriétaire. *On devrait « donc refuser la revendication, si l'on ne s'arrêtait « qu'aux principes du droit.*

« Mais quand la chose est encore là, la convenance « veut qu'on la rende. Un sentiment d'équité a fait adop- « ter cet usage. Pourquoi écraser un malheureux qu'on « peut sauver sans faire tort à personne (1)?

« Il est difficile d'abroger un usage aussi universelle- « ment établi. *Il serait à désirer, au contraire, que tous « les peuples qui se livrent au négoce fussent régis par le « même droit commercial.* Mais, du moins, ne doit-on pas « s'écarter des règles reçues chez tous. »

Celui qui a livré sa marchandise, répliquaient les partisans de l'abolition, a renoncé à tous ses droits sur la chose pour les transporter sur la personne : *Fidem habuit de pretio.* Le vendeur n'est pas créancier de la marchandise, mais du prix. Il y a contradiction manifeste à supposer qu'une vente, suivie de la délivrance, est une vente conditionnelle. Le propre de la condition est de suspendre

(1) M. Corvetto se trompait. L'effet de la revendication est d'amoindrir le dividende des autres créanciers, et c'est évidemment leur faire tort si la revendication n'est pas juste. Mais on s'habitue à ne pas regarder comme une perte celle qui est répartie entre un grand nombre de perdants, et voilà où est l'erreur : *suum cuique.*

la naissance de l'obligation, et l'esprit ne conçoit pas qu'une obligation exécutée soit encore à naître. La vente n'est pas seulement pure de toute condition; c'est une vente consommée. Elle l'est si bien que, la chose venant à périr en route, elle périt pour l'acheteur. Réciproquement, il peut la revendre pendant qu'elle voyage. En un mot, il doit le prix d'une chose qui lui appartient; car une chose ne peut être à la fois la propriété de l'acheteur et la propriété du vendeur. Or, pour revendiquer, il faut être propriétaire.

La tradition une fois faite, il n'y a pas à distinguer, dans une faillite, entre la vente au comptant et la vente à terme, ou, du moins, la distinction n'est plus relative qu'à la perception des intérêts (1). Le délai ne fût-il que de quelques jours, de quelques heures, c'est vendre à crédit que de livrer sa chose avant d'en avoir reçu le prix (2). Si celui qui vend au comptant n'entend pas transférer la propriété, qu'il fasse une expédition conditionnelle, en mentionnant la condition dans la facture et dans la lettre de voiture ou le connaissement, ou qu'il expédie par l'entremise d'un tiers, avec recommandatian de ne livrer la chose qu'au moyen du prix ou de bonnes sûretés; la loi l'y autorise (art. 100 C. comm.).

Voilà le résumé très-succinct, mais exact, des raisons par lesquelles les uns concluaient au maintien, les autres à la suppression du droit de revendication.

Ce droit venait, pour la seconde fois, d'être reconnu en principe par le Conseil d'Etat, sauf rédaction, lorsque l'Empereur, arrivé de Berlin, voulut connaître les débats qui avaient précédé cette double résolution. Le compte lui en fut rendu (séance du 1er août 1807) par le prince

(1) A Rennes, par exemple, des toiles livrées ou expédiées sont vendues au comptant, quoiqu'il soit d'usage que l'acheteur ait trente jours pour payer le prix, c'est-à-dire, encore bien qu'il ne doive pas l'intérêt de ces trente jours. *V. g.*, si l'expéditeur fait traite à quatre-vingt dix jours, il ne prendra que l'intérêt de soixante jours.

(2) ...*Ovvero una benche breve dilazione, non solo di pochi giorni, ma eziando di poche ore al complimento del prezzo* (Casareg., Disc. 56, n° 51).

Cambacérès, partisan déclaré du maintien pur et simple de l'ancienne jurisprudence.

La discussion s'engagea de nouveau, et l'esprit éminemment juste de Napoléon s'aperçut bientôt que le point de droit n'était ici que d'une importance secondaire. « La « revendication, dit l'Empereur, ne doit être considérée « que sous des rapports de convenance. Si elle est un pri- « vilége utile au commerce, si elle est nécessaire aux ma- « nufactures, qu'on la maintienne. Il faut même l'étendre « à toute espèce de ventes, aux ventes à crédit comme « aux ventes au comptant. Car, avec les restrictions qu'on « veut lui donner, elle ne servirait pas le crédit commer- « cial, puisqu'elle n'aurait lieu que dans les ventes au « comptant, c'est-à-dire précisément dans le cas où le « vendeur ne fait pas de crédit. »

C'était voir de haut, et voir juste. Qu'importent les déductions logiques des principes du droit, si leur application nuit aux manufactures, ralentit le crédit, entrave la circulation du commerce ?

Probablement Casaregis, le *vir in jure totus oculeus* (1), l'oracle du droit commercial, comme a si bien dit M. Troplong, était-il inconnu au vainqueur d'Austerlitz et d'Iéna, et pourtant leur principe législatif est précisément le même : *Coràm publici commercii utilitate omnes juris regulæ silere debent.* Le vendeur au comptant, dont la cause avait été si chaleureusement défendue (2), n'inspirait à Napoléon qu'un intérêt en sous-ordre. Ce vendeur, disait-il, n'entend pas faire crédit, et le crédit est la vie du commerce. Si donc il faut en venir à privilégier quelqu'un, c'est principalement l'expéditeur à terme.

187.—Mais l'Empereur avait, en législation, des vues trop élevées pour souscrire inconsidérément au sacrifice des principes du droit. Il n'entendait s'en départir que dans la stricte mesure d'une évidente utilité. « Avant de « se fixer, dit-il en terminant, il faut bien connaître

(1) C'est ainsi que le désignaient ses contemporains.
(2) Surtout par M. Treilhard.

« la législation existante et le vœu du commerce. »

L'honneur de faire un rapport sur ces deux grands objets échut à M. Jaubert.

Ce travail est fort étendu. Dans la séance du 8 août (1807), le savant rapporteur expose la jurisprudence française et les législations étrangères.

Il y rappelle avec soin l'opinion des différents auteurs qui, jusqu'à cette époque, avaient parlé de la revendication dans la vente au comptant, et du privilége dans la vente à crédit.

Cujas devait, à juste titre, figurer en tête. Viennent ensuite une vingtaine d'autres écrivains, parmi lesquels Savary, Straccha, Dumoulin, Valin, Ferrière, Bourjon, etc. On y trouve aussi des noms d'un bien moindre poids; par exemple, Rogue, Grivel, Fomental, Decormis, et jusqu'à Nicodème. Un seul fut oublié, et cet auteur, c'est Casaregis (1) !

Cependant, si M. Jaubert eût cité l'homme aux cent yeux dans le droit, Casaregis, Italien de naissance, et Français par adoption sous le règne de Louis XIV, l'Empereur aurait su qu'en Italie on n'avait nul égard à cette distinction qu'il repoussait lui-même, et qui, pendant son absence, avait tant préoccupé le Conseil d'État, entre le vendeur au comptant et le vendeur à terme. La tradition

(1) Casaregis ignoré dans le Conseil d'Etat de Napoléon Ier ! Casaregis inconnu des ministres, du Conseil d'Etat et des Chambres parlementaires de 1838 ! Se peut-il une constatation plus authentique du profond oubli où ce grand jurisconsulte était enseveli chez nous ? Mais il n'était pas tombé en prescription, et ses arrérages lui sont payés avec usure. Car, depuis 1840, époque où a paru notre premier volume, vous trouverez du Casaregis cité à profusion, bien ou mal, dans presque tous les livres de droit et les recueils de jurisprudence; et, s'il nous était permis de parler ainsi, nous dirions que Joseph-Laurent-Marie de Casaregis, *bourgeois de Paris*, y est aujourd'hui le jurisconsulte *à la mode*:

Multa renascentur quæ jam cecidère cadentque
Quæ nunc sunt in honore.....

La première de ces deux prédictions vient de s'accomplir une fois de plus dans la résurrection des œuvres de Casaregis en France. La seconde s'accomplit bien plus souvent, nous pourrions dire continuellement. Que de réputations éphémères, que de célébrités factices transitent, chaque jour, à petites ou à grandes journées, vers les rives du Léthé !

de la chose avant le payement du prix, ou du moins en même temps, supposait toujours une vente à crédit : *Basta in jure per indurre questa fede (del prezzo) la consegna della cosa fatta dal venditore, senza prima averne in mano, ò almeno nell'istesso tempo, il prezzo* (Disc. 56, n° 50). Le droit italien n'admettait pas le principe de la revendication. Qui livrait sa chose vendue cessait d'être propriétaire. Il ne pouvait donc pas revendiquer : *Venditor qui merces suas vendit habitâ fide de pretio, et absquè ullâ dominii reservatione, nullam habet prælationem in rebus venditis adversùs creditores emptoris* (Disc. 179, n° 29). Cela est si vrai qu'il ne pouvait même pas reprendre la chose, encore bien que la délivrance n'en eût été faite qu'avec rétention de la dominité, *cum reservatione dominii.* Le vendeur avait seulement, dans ce cas, un privilége qu'il n'aurait pas eu s'il avait fait une tradition pure et simple. La dernière citation de Casaregis en est la preuve.

Le rapport de M. Jaubert terminé, la discussion fut reprise.

L'argumentation pour et contre voulut, parfois, se reproduire sous un nouvel aspect. Au fond, elle était la même, et ne pouvait qu'être la même. Les opinions transigèrent, ou plutôt il se fit législativement une transaction entre les règles du droit et l'utilité du commerce. De là les art. 577 et 580 (ancienne loi).

L'art. 576 consacra le principe de la revendication, et l'art. 577 est ainsi conçu : « La revendication ne pourra « avoir lieu que pendant que les marchandises expédiées « seront encore en route, soit par terre, soit par eau, et « avant qu'elles soient entrées dans les magasins du failli, « ou dans les magasins du commissionnaire chargé de les « vendre pour le compte du failli. »

188. — Devait-on maintenir, ou supprimer cette disposition si laborieusement introduite dans le Code en 1807? Voilà de quoi il s'agissait en 1838.

Deux ministres de la justice ont successivement reproduit et renforcé, devant les Chambres, les arguments en

droit par lesquels une grande partie du Conseil d'État de l'empire avait combattu le principe de la revendication. A ce point de vue, l'opinion contraire était sans ressources. En effet, qu'il soit sous-entendu, de contractant à contractant, que le payement du prix est une condition de la délivrance, on peut le dire. Casaregis en fait même un principe : *In contractu venditionis adest semper reservatio dominii, et expressa est superflua* (Disc. 38, n° 5). Mais, relativement à des tiers (*alii*), il est impossible de soutenir, en droit, qu'une tradition transmissive des risques ne transmet pas la propriété quand la facture est pure et simple. A quoi ces tiers pourraient-ils reconnaître le caractère exceptionnel d'une telle tradition? Par rapport à eux, *contrahitur litteris*. La faillite de l'acheteur une fois déclarée, ils ne sont pas tenus de s'en rapporter à des assertions sans preuve, peut-être même frauduleusement concertées. Et eux aussi n'ont-ils pas prêté leur argent, donné leurs acceptations, tiré des lettres de change par l'ordre et pour le compte du failli, etc..., sous la condition tacite d'être payés et rendus indemnes?

Force était donc d'abandonner la tradition prétendue conditionnelle, tout aussi chimérique, *pro subjectâ materiâ*, que la prétendue distinction entre la vente au comptant et la vente à crédit.

Que restait-il alors aux partisans de la conservation? Un principe unique, mais sûr, celui posé par Napoléon, qu'en matière de faillite, la revendication ne peut ni ne doit être régie par les principes du droit sur la revendication.

Néanmoins, en 1838, la controverse se rétablit. Mais au système d'une condition suspensive on substitua celui d'une condition résolutoire. Voici, en effet, comment s'exprimait M. Tripier, au nom de la commission des Pairs, dont il était l'organe :

« Les partisans de cette innovation (de l'abolition de « la revendication), ont dit, pour la justifier, qu'elle était « conforme aux principes du droit; que la vente ayant « transmis la propriété de la marchandise, tout était con- « sommé, et que le vendeur non payé ne peut plus exer- « cer que les droits de créancier.

« Si la rigueur des principes pouvait être portée jusqu'à « ce point en matière civile, conviendrait-il de l'appliquer « aux matières commerciales qui reposent sur la bonne foi « et la confiance (1)? Rien ne serait plus contraire à la « bonne foi, plus propre à altérer la confiance, que l'an- « nulation de tous les droits du vendeur non payé sur la « marchandise expédiée.

« Mais les principes généraux du droit ne s'opposent « pas au maintien de la revendication ; ils la conservent « même formellement par l'art. 1184 du Code civil. Tous « les contrats synallagmatiques sont soumis à un principe « commun qui est inséparable de leur nature, *celui de la « résolution à défaut d'exécution*. Il est plus rigoureux à « l'égard de la vente que pour toute autre convention. Si « le vendeur consent à *transmettre* la propriété de sa « chose, c'est sous la foi de l'obligation, contractée par « l'acheteur, de payer le prix. Ces engagements sont cor- « rélatifs. Celui du vendeur ne peut exister si l'acheteur « n'exécute pas le sien.

« La stipulation qui transmet la propriété n'est pas « pure et absolue. Elle est subordonnée à la condition que « l'acheteur payera la somme convenue. Toute obligation « conditionnelle *est résolue de plein droit*, si la condition « ne se réalise pas.

« Ainsi, par le défaut de payement du prix, la vente « cesse d'exister, ou plutôt elle n'a jamais eu une exis- « tence définitive; elle n'a pas été complète ; elle n'a pas « opéré une translation entière de la propriété. »

Bien que ces dernières expressions semblent déceler quelques idées confuses d'une condition suspensive, il est évident que l'avis de la commission des pairs est fondé sur l'hypothèse d'une condition résolutoire; car il faut que la vente soit imparfaite ou parfaite.

Cela posé, le raisonnement du noble rapporteur n'a

(1) M. le Garde des sceaux disait aussi à la tribune des pairs, mais en persistant à demander la suppression : Sans doute il faudrait faire violence au principe, si l'intérêt du commerce l'exigeait....

d'autre appui que la confusion de deux choses que l'on a toujours distinguées.

A la vérité, la condition résolutoire est sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à ses engagements; c'est une règle consacrée par l'art. 1184 du Code civil et par les usages du commerce. En général, cette condition tacite autorise le vendeur à demander en justice la résolution de la vente; mais elle ne l'opère pas *de plein droit*, et voilà où est l'erreur. Cet effet n'appartient qu'à la condition résolutoire exprimée *dans le contrat*.

Or, c'est un principe certain que les droits de tous restent fixés dans l'état où ils se trouvent au moment de la déclaration de la faillite (V. *suprà*, n° 67). Par conséquent, si l'art. 576 n'existait pas, le vendeur qui n'aurait point demandé la résolution de la vente avant le jugement déclaratif, et dont la marchandise était en cours de voyage, partagerait le sort des vendeurs dont les marchandises sont entrées dans les magasins du failli. Pourquoi serait-il de meilleure condition? Comme eux, il a expédié et livré, et sa vente n'est pas plus que les leurs conditionnelle, ou résolue de plein droit.

Qu'est-ce donc que cet art. 576 qui lui permet de revendiquer sa chose, pourvu que la tradition n'en ait pas été *effectuée dans les magasins du failli, etc...* ? Ce n'est évidemment pas une déduction des principes du droit, comme l'a cru M. le rapporteur Tripier; c'est une disposition de convenance et d'équité, introduite *contrà rationem juris*, et l'équité pouvait d'autant mieux réclamer cette concession, principalement nécessaire à la prospérité des manufactures, que, la marchandise voyageant encore, l'ombre d'un doute ne peut s'élever sur son identité. C'est pourquoi, de même que le Préteur rescindait la tradition faite *in fraudem creditorum* (1), ainsi, pour

(1) *Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus ex sententià præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissà traditione, eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse* (§ 6, I., *De act.*).

le cas qu'il prévoit, l'art. 576 révoque l'effet de la tradition reçue *in fraudem venditoris*. Mais le contrat subsiste, car il appartient aux syndics d'en exiger l'exécution (V. *suprà*, n° 131). Or, la tradition rescindée, la revendication du vendeur n'est pas autre chose qu'une extension du droit de rétention, ainsi que nous l'avons dit t. 3, n° 234.

Il est essentiel de ne pas confondre la révocation légale des effets de la tradition avec une prétendue résolution de la vente. Ce dernier système nuirait plus souvent au vendeur qu'il ne lui serait utile. Par exemple : le 1er janvier, j'expédie à Jacques pour 50,000 fr. de marchandises, et, le 8, il tombe en faillite. D'après la doctrine de la commission des pairs, la vente étant résolue de *plein droit*, je rentre immédiatement dans ma propriété. La marchandise, qui périt le 9, périt donc pour mon compte : *Res perit domino.*

Cependant Jacques peut donner 80 p. 100 et me voici dépouillé, ruiné peut-être de fond en comble, de par une loi inintelligente qui voulait me *sauver!* Tel n'est pas le résultat de l'art. 576. Il n'y a d'annulé que la tradition, et le seul effet de l'annulation, c'est que la vente subsiste à l'état d'inexécution de part et d'autre (1).

189. — Une chose digne de remarque, c'est que la législation ou la coutume commerciale des peuples modernes a partout accordé au vendeur, dans la faillite de l'acheteur, quelque prérogative, telle que la revendication, le droit de suite, le privilége, la *reservatio dominii*, l'*hypotheca specialis*. Ce concert indélibéré de toutes les nations commerçantes n'est-il pas une grande preuve, ou de l'équité, ou de la grande utilité de cette déviation du droit?

C'est principalement sous l'influence de considérations commerciales que la revendication a été maintenue en Belgique. Ce droit, disait-on, est écrit dans les statuts ou les usages du commerce; la Belgique ne doit pas s'isoler,

(1) V. notre t. 4, nos 44, 45, sur l'exécution parfaite et sur l'exécution imparfaite de la vente.

se séparer des peuples voisins; puisque l'Angleterre, la Hollande, la France, lui ouvrent la voie de la revendication, elle ne doit pas la leur fermer (V. *suprà*, n° 186, *in notis*). La loi belge étant entièrement conforme à la nôtre, il suffit de la mentionner. Nous citerons de préférence la législation anglaise, qui se distingue éminemment par un caractère pratique.

En Angleterre, le vendeur non payé qui a expédié des marchandises à un acheteur tombé plus tard en faillite ou devenu insolvable, a le droit d'en reprendre la possession (*to resume possession of them*), s'il parvient à les saisir pendant qu'elles sont encore en route (*while they are on their way*) (1).

Ce droit est appelé droit de saisie en passage (du vendeur à l'acheteur) (*right to stop* in transitu).

Reconnu d'abord par les cours d'équité, il est, depuis longtemps, passé dans le droit commun (*common law*), et il appartient non-seulement au vendeur, mais aussi au commissionnaire qui a payé de ses deniers, ou qui s'est obligé de payer la marchandise achetée par ordre et pour compte.

Rétention d'équité (*equitable lien*), que la loi consacre dans un but de suprême justice, ce droit, quand il est exercé, n'opère pas la résolution de la vente. L'acheteur reste investi de la propriété, et ses créanciers, en désintéressant le vendeur, sont libres de ressaisir la possession de la chose.

Et, comme le droit du vendeur dure autant que le *transitus* de la marchandise, et qu'il cesse avec lui, la nullité du *stoppage* ou sa validité dépend de la vérification d'un seul fait : le voyage était-il fini, oui ou non ?

Or, la marchandise est en route depuis et aussi longtemps qu'elle est entre les mains d'agents chargés d'en opérer le transport, et qu'elle n'est pas arrivée en la possession effective ou équivalemment effective de l'ache-

(1) John William Smith, A *Compendium of mercantile law*, p. 330 et suiv., Paley, p. 268 et suiv.

teur : *Until they arrive at the actual or constructive possession* (1) *of the consignee* (Smith, p. 332).

Le droit du vendeur s'évanouit donc, lorsque la marchandise a atteint sa dernière destination, *the final destination*, et qu'il faut de nouveaux ordres pour qu'elle puisse être remise en mouvement : *And require a fresh direction to put in motion* (Pal., p. 268, 269).

Il cesse également par la négociation du connaissement, lequel constitue la *constructive possession*, la possession équivalemment effective : *The negotiation of a bill of lading will defeat the vendor's right to stop* in transitu (Smith, p. 334, 177) (2).

Telle est, en somme, la jurisprudence anglaise. Il n'en fut rien dit dans le rapport que M. Jaubert fit à l'Empereur en 1807, et on le conçoit. Mais, ce qu'il est moins facile de comprendre, c'est qu'elle n'obtint pas l'honneur d'être citée dans la discussion des Chambres en 1838. Cependant, élaborée par l'expérience d'une nation essentiellement commerçante et manufacturière, elle n'était pas à dédaigner. En la mettant à profit, on aurait pu mieux caractériser le droit établi par l'art. 576, lui donner une dénomination plus correcte, en réglementer les conséquences d'une manière plus précise, et prévenir ainsi un nombre infini de procès.

190. — Maintenant que, selon le sage conseil de Casaregis, nous savons à quelle fin (*quem ad finem*), dans quelles circonstances (*quâ occasione*), et par quel motif (*quâ causâ*), le mot *revendication* fut introduit dans l'art. 576, il ne nous reste plus qu'à définir la prétendue revendication :

(1) *Constructive possession* signifie, dans le sens de l'auteur, une possession artificielle, une possession œuvre de la loi ou de l'usage.

(2) Smith ne fait ici que résumer l'enseignement d'une foule d'auteurs anglais qu'il cite, lesquels avaient écrit bien longtemps avant lui, qui écrivait en 1834.

Au reste toutes les lois anglaises sur le commerce sont en vigueur aux Etats d'Amérique, sauf le droit qui appartient à chaque Etat d'y déroger ou de les modifier par un statut municipal. Mais ils reconnaissent tous le *right to stop* in transitu.

C'est « le droit concédé au vendeur expéditeur non « payé de ressaisir la possession de la marchandise qui « voyage encore, pourvu que le failli ne l'ait pas aliénée, « et de la retenir pour sûreté de son dû. »

Nous n'ajoutons pas, avec l'art. 576, « tant que la « tradition n'en aura pas été effectuée dans ses magasins « ou dans ceux du commissionnaire chargé de la vendre « pour le compte du failli, » étant de toute évidence que la marchandise en route n'est pas plus dans les magasins de l'un que dans les magasins de l'autre. Mais tels sont les termes de la loi; c'est de ces mots superflus que naissent toutes les difficultés. Nous devons donc en préciser le sens, et nous osons nous flatter que les explications qui en seront données tout à l'heure confirmeront pleinement notre définition.

SECTION 2. — Revendication du vendeur avant que la tradition de la marchandise ait été effectuée dans les magasins de l'acheteur (failli).

SOMMAIRE.

191. Conditions exigées par l'art. 576 pour cette revendication.
192. 1° Il faut que le prix n'ait pas été payé.
193. 2° Il faut que la marchandise ait été expédiée à l'acheteur.
194. 3° Il faut que la tradition n'ait point été effectuée dans les magasins du failli, ni dans ceux du commissionnaire chargé de vendre pour le compte du failli.
195. Divers exemples d'applications, et solutions des questions qu'ils présentent.
196. Ce qu'il faut entendre par *tradition effectuée dans les magasins du failli*; les magasins du failli sont partout où le voyage de la marchandise est fini; l'acheteur est livré dès qu'il peut disposer souverainement de la chose.
197. Ce double principe éclairci par diverses espèces.
198. Si un jour le législateur, tout en conservant le principe de la revendication, venait à reviser le premier alinéa de l'art. 576, comment les auteurs pensent que la disposition devrait être conçue.

191. — Au début de la section précédente, nous avons littéralement transcrit le texte du premier alinéa de l'art. 576.

Trois conditions y sont exigées, dont une implicitement :

1° Que le prix de la vente n'ait pas été payé (c'est la condition implicite) ;

2° Que la marchandise ait été expédiée au failli ;

3° Que la tradition n'en ait pas été effectuée dans ses magasins, ni dans ceux du commissionnaire chargé du mandat de vendre pour le compte du failli.

Examinons à part chacune de ces conditions, où tout est de rigueur.

192. — 1° *Il faut que le prix n'ait pas été payé.*

En effet, c'est pour lui assurer payement que la revendication est donnée au vendeur, et il n'y a payement que si l'acheteur est libéré.

Mais il n'est pas de l'essence du payement d'être fait en espèces (*numeratâ pecuniâ*). On paye tout aussi bien par compensation, virement de parties, novation, compte courant, et par d'autres moyens encore (V. *suprà*, n° 84). Notez, toutefois, qu'un prix réglé n'est pas un prix payé. De savoir quand on peut dire que l'acheteur a payé, c'est donc une question multiple. Cette question est traitée à tous ses points de vue, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, t 5, n°s 217 et suiv. Nous y renvoyons le lecteur. A l'aide des principes qui y sont développés, on s'assure aisément si l'acheteur était libéré ou devait encore lors du jugement déclaratif, et, par cela même, si la revendication n'est pas admissible, ou doit être admise.

193. — 2° *Il faut que la marchandise ait été expédiée à l'acheteur.*

Car, tant que le vendeur l'a par devers lui, quel besoin peut-il avoir de l'action revendicatoire? La chose qu'il détient et que la loi l'autorise à retenir tant qu'il ne sera pas payé (art. 577), lui en garantit le prix. Comment, d'ailleurs, exercerait-il une action qui n'est donnée que

contre le possesseur. On n'a pas d'action contre soi.

Par conséquent, la revendication de l'art. 576 est strictement limitée à la marchandise en route, et, puisque l'acheteur est investi de la propriété, ce serait encore trop si l'on ne considérait que la règle du droit. Quel fut donc le motif (*quæ causa*) de cette concession anormale, de ce *jus singulare?* Serait-ce, comme on le disait aux Chambres en discutant la loi, que « la marchandise n'a encore, aux « yeux de personne, augmenté le crédit et l'actif de celui « qui en est devenu propriétaire sans en être en posses- « sion? » Comment! porteur d'une facture, d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, signés par l'expéditeur, l'acheteur pouvait les montrer à tous et les a très-probablement montrés, en Bourse ou sur place, en offrant de vendre ou d'engager une chose qu'on reconnaît lui appartenir, peut-être le chargement entier d'un vaisseau; et l'on veut que son crédit et son actif n'aient pu en être augmentés aux yeux de qui que ce soit! Et les recueils de jurisprudence et les auteurs ont tous répété cette étrange assertion, comme un adage révélateur du motif de la loi! *Credat judæus Apella.*

Mais, quoique l'acheteur soit livré, encore bien que le connaissement ou la lettre de voiture soit entre ses mains la représentation virtuelle de la chose, comme un billet de banque de 1,000 fr. est la représentation virtuelle de deux cents pièces de 5 fr., il n'a pas sur cette chose, qui transite encore, le pouvoir de la manier, d'en rien soustraire, d'y rien ajouter, d'y rien substituer, d'en altérer les marques ni le conditionnement; et, dès lors, il est constant que la marchandise est la marchandise expédiée par le vendeur (V. *suprà*, n° 89, 6ᵉ alinéa). Son identité étant donc au-dessus d'un soupçon de fraude qui l'eût atteinte dans les magasins du failli, l'art. 576, sans s'arrêter à la tradition, qu'il tient implicitement pour non avenue, permet au vendeur d'en reprendre la possession: *et hæc sententia legis, et causa.*

Entendus judaïquement, les art. 576 et 577 combinés impliqueraient que la marchandise voyage expédiée par le vendeur. Mais, comme l'ont très-bien fait observer Domat

et Merlin (1), « il en est de l'interprétation des lois comme « de l'interprétation des contrats. On doit y rechercher « plutôt l'intention du législateur que de s'attacher au sens « littéral des termes. » Aussi (V. *infrà*, n° 197, 4ᵉ espèce), pour le succès de la revendication, il importe peu par qui, de l'acheteur ou du vendeur, l'expédition aura été faite.

La marchandise a-t-elle été mise en route au sortir même des magasins du vendeur? *Hæc est summa rei.* La revendication ne dépend pas uniquement d'une tradition sans laquelle elle ne peut avoir lieu, elle a aussi pour objet de protéger le vendeur contre une fraude dont on voit chaque jour des exemples. Entendre ainsi la loi, ce n'est pas lui donner une interprétation extensive que sa nature ne comporte point, c'est l'expliquer suivant son esprit. Une loi faite *ad tollendas fraudes* doit être exécutée à la rigueur, mais elle n'exclut pas une interprétation rationnelle (V. *suprà*, n° 149).

194. — 3° *Il faut que la tradition n'ait point été effectuée dans les magasins du failli, ni dans ceux du commissionnaire chargé de vendre pour le compte du failli.*

En effet, admettre ou repousser la revendication selon qu'il aura plu au failli de respecter ou de faire disparaître la preuve de l'identité, ce serait lui donner le moyen de frauder un créancier ou d'en favoriser un autre *uti voluerit*, et retomber dans l'abus de l'ancienne jurisprudence, *suprà*, n° 186. De deux ballots arrivés, il n'en ouvre qu'un, quel serait l'effet du coup de ciseau arbitraire? Que l'un des expéditeurs perdrait sa marchandise, tandis que l'autre (bien entendu celui qu'on redoute ou qu'on veut favoriser) reprendrait la sienne. Or, c'est précisément ce résultat frauduleux qu'on n'a pas à craindre quand la marchandise est saisie en route.

Le commissionnaire chargé de vendre ayant aussi la chose matériellement en son pouvoir, son magasin a dû être assimilé au magasin du mandant : *qui mandat, ipse fecisse videtur.*

(1) V. t. 5, n° 274, *in notis.*

Mais, par la raison inverse, il devait en être autrement des magasins du commissionnaire aux mains duquel la marchandise ne fait que transiter, *v. g.*, le commissionnaire expéditeur, le commissionnaire de transport, le commissionnaire entrepositaire. Alors, en effet, la marchandise ne cesse pas d'être en cours de voyage, ni son identité d'être constante, nul de ces mandataires n'ayant le droit d'y attenter.

Le sort de la revendication dépend donc de l'espèce du mandat donné au commissionnaire dans les magasins duquel la tradition aura été faite. Au reste, il en est de ce mandat comme de tous ceux du commerce ; exprès ou tacite, *idem operatur;* et, pourvu que sa dation ne soit pas postérieure au jugement déclaratif, il est très-indifférent à quelle époque antérieure, fût-ce même dans les dix jours précédents, il aura été donné.

Maintenant, si le vendeur conteste l'existence du mandat, ou du mandat pour vendre, à qui la preuve? Suffira-t-il au syndic de dire : Celui qui revendique est demandeur, et c'est au demandeur de prouver (V, t. 1er, n° 128), Sans doute, répondrait avec raison le vendeur. Mais qu'ai-je à prouver? Que la marchandise saisie en route est identiquement celle que j'ai expédiée au failli. Or, c'est un fait incontesté. Par conséquent, ma revendication procède, à moins qu'elle ne soit repoussée par une exception péremptoire. Votre exception est de dire que le commissionnaire était *chargé* de vendre. A vous donc de le prouver, soit en exhibant le mandat, soit par quelqu'un des moyens de preuve que l'art. 109 autorise, ou, à défaut, par des présomptions que le juge appréciera (*ibid.*, n° 129). Tel est défendeur au début, qui devient demandeur. *Excipiendo reus fit actor* (*ibid.*, n° 128).

La présomption la plus grave en cette matière se tire ordinairement de la profession du commissionnaire. Si le juge hésite encore, il ordonne la représentation des livres (art. 14); puis, sans être tenu d'y ajouter foi, il prononce suivant son intime conviction, et, comme le dit Casaregis, *habito semper intuitu ad Deum et veritatem.*

195. — Venons à des applications.

Jacques, d'Alménie (Alméden), vend et expédie à Salomon, de Marseille, suivant convention, un chargement de 1,200 quintaux de plomb, à 76 réaux le quintal, payables sur Bayonne, trente jours après celui de la date du connaissement. A leur arrivée à Marseille, l'acheteur est en faillite. Instruit à temps, le vendeur les saisit à bord. Mais, porteur de la facture et du connaissement, le syndic s'oppose et prétend que la saisie est nulle. *Lite contestatâ*, dépôt de la marchandise dans les magasins d'un tiers ou de la douane.

La revendication procède-t-elle? Nul doute. La marchandise n'étant entrée, avant le jugement déclaratif, ni dans les magasins du failli, ni dans ceux de son commissionnaire chargé de vendre, l'espèce tombe directement sous l'application de l'art. 576.

L'espèce restant la même, supposez que le capitaine a, sans opposition, livré la marchandise au syndic : la revendication est-elle encore admissible? Ce qui fait le doute, c'est que la marchandise est entrée dans les magasins du failli. Mais elle n'y est entrée qu'après le jugement déclaratif, et ce jugement ayant irrévocablement fixé les droits de tous, tout se règle en conséquence (V. *suprà*, nº 67). La marchandise est donc entrée, non dans les magasins du failli, qui n'a plus de magasins, mais dans les magasins de la faillite, ce qui est très-différent.

A fortiori la marchandise est-elle revendicable, si on l'y a introduite par violence ou subrepticement.

Modifions encore l'espèce : la marchandise qu'on pourrait revendiquer si elle était restée dans les magasins de la faillite ou en la possession d'un tiers, a cessé d'y être; par exemple, pendant le débat entre le revendiquant et le syndic, ou entre le vendeur et le commissionnaire qui prétend privilége pour avances, elle a été vendue et livrée; elle est périe, ou a subi une détérioration, une dépréciation. Quel est le droit du vendeur? La revendication n'étant plus possible, le prix est-il substitué à la chose?

Première hypothèse. La marchandise n'existant plus dans la faillite, soit que le syndic l'ait vendue et livrée,

soit qu'elle ait péri, la revendication n'en est plus possible : *Extinctæ res vindicari nequeunt.* Mais le prix sera-t-il substitué à la chose? Nullement, car le prix ne tient pas plus lieu de la chose vendue, que le montant de l'assurance ne tient lieu de la chose assurée. Il n'est qu'un seul cas où le prix représente la chose par fiction : c'est lorsque le possesseur a perdu la possession par son dol (V. *sup.*, n° 176). D'ailleurs, quoi qu'en dise l'art. 575, on ne revendique pas un prix ; cette locution est impropre. Le vendeur n'est et ne saurait être que créancier du prix. Mais son action en payement, il ne l'exerce pas contre la faillite, qui ne lui payerait qu'un dividende ; il agit contre la masse tenue du fait de son syndic. Car c'est par le fait de ce syndic qui a revendu la chose, qu'elle a cessé d'être revendicable : *Per eum stetit quominùs venditori iterùm rem possidere liceret ;* et, ce qui en résulte, c'est que le vendeur doit être payé avec intérêts par prélèvement sur l'actif.

Il n'en serait pas autrement, fût-il prouvé que, depuis le *stoppage*, la chose a péri par un cas fortuit. La raison est d'abord que, la vente n'étant pas résolue, la marchandise a péri pour l'acheteur dont la masse s'est portée ayant-cause par l'agissement de son syndic. En second lieu, si celui-ci n'eût pas contesté injustement (*non jure*) une revendication bien fondée, le vendeur aurait eu ou le prix ou la chose. On doit donc le remettre au même et pareil état que si, dès le principe et en vertu de l'art. 578, le syndic eût offert le prix en exigeant livraison.

La revente faite par le syndic pendant le litige n'implique nullement un abus de mandat. Par exemple, *lite pendente*, une occasion inattendue se présente de vendre à 25 p. 100 au-dessus du prix d'achat. Il faut la saisir promptement, et, pour cela, comme dit fort bien Casaregis, prendre sur-le-champ conseil de soi-même : *Interdùm consilia non sunt quærenda, sed arripienda.* En excédant son mandat, le syndic se constitue *negotiorum gestor* (V. t. 2, n° 91), à ses risques et périls. S'il gagne le procès, tout est bénéfice pour la masse, moins le dividende à payer au vendeur. Au cas inverse, elle aura toujours pro-

fité des 25 p. 100. Il était impossible de mieux gérer l'affaire.

Deuxième hypothèse. La marchandise existe dans les magasins de la faillite, mais détériorée par le séjour qu'elle y a fait, ou dépréciée par l'abaissement du cours.

Cette marchandise est revendicable, *restitui potest.* Mais il ne suffit pas de la rendre au vendeur. Rien de plus juste encore que de le remettre au même état que si la chose lui eût été rendue au moment même de la revendication. On devra donc lui tenir compte de la détérioration ou de la dépréciation : *Verùm et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit* (L. 15, § 3, D., *De rei vindicat.*). La raison en est toujours la même : *Qui dat causam damno, illud præstare debet* (art. 1382 C. Nap.).

196. — Si la revendication du vendeur était la vraie revendication, la revendication d'un propriétaire, le seul obstacle au succès de sa demande serait la non-identité, ou l'identité douteuse de la marchandise. Mais deux autres limites y sont apposées par la loi : la tradition effectuée *dans les magasins du failli* ; la tradition effectuée *dans les magasins du commissionnaire chargé de la vendre pour le compte du failli.* Il faut donc bien comprendre l'énergie et la portée (*vim et potestatem*) de ces expressions de l'art. 576.

Avant tout, quelques courtes observations essentielles :

D'abord, avant d'agréer et de recevoir définitivement un envoi, tout acheteur a le droit de vérifier, même dans ses propres magasins, si la marchandise est ou n'est pas conforme à la convention, et ce n'est là qu'un simple préliminaire, qui ne constitue pas une tradition. Par conséquent, le *laissé pour compte*, résultat de la vérification, est négatif de la tradition effectuée dont il est parlé dans l'art. 576. C'est pourquoi, si la marchandise est entrée dans les magasins du failli(1), elle ne s'y trouve et ne peut y être qu'à titre de dépôt, ce qui, loin d'exclure l'action revendicatoire, en légitime l'exercice.

(1) Désormais, quand, pour l'explication ou pour l'application de

En second lieu, une marchandise arrivée au lieu du reste n'est point, par ce seul fait, une marchandise dont la tradition soit effectuée dans les magasins du failli : par exemple, quand le navire, étant amarré à quai, ne peut être déchargé sans un permis de la douane ; quand le destinataire refuse, par quelque motif que ce soit, de recevoir la marchandise et de décharger le connaissement ; quand une opposition est mise aux mains du capitaine sur l'envoi tout entier, ou pratiquée au fur et à mesure du débarquement ; ou que, par un motif quelconque, bien ou mal fondé, le capitaine refuse de délivrer. Ces cas et autres semblables sont exclusifs de toute tradition.

Or, de même que le navire voyageait aussi longtemps qu'il n'était pas amarré à quai, ainsi, tant que la tradition de la marchandise, expédiée au failli par ce navire, n'a pas été effectuée dans les magasins du failli, cette marchandise, si court que pût être le trajet qu'il lui restait à franchir, n'étant pas entrée dans le lieu spécial et final de sa destination, elle est encore en route, en voyage, *in transitu*.

Mais que faut-il entendre par *les magasins du failli*, et quand *la tradition de la marchandise* y est-elle *effectuée ?* Qui ne le sait pas pourra très-bien savoir les mots, les points et les virgules de l'art. 576 ; mais il ne saura pas ce que cette loi signifie.

Rien pourtant n'est plus simple :

« Là où le voyage de la marchandise est fini, là sont « les magasins du failli ; et le moment précis où la tradi- « tion s'effectue est celui depuis lequel il peut, à chaque « instant, disposer matériellement de la chose comme il « voudra »

197. — Quelques exemples suffiront pour mettre en évidence la vérité de cette double proposition.

Première espèce : Salomon vend et expédie à Jacques

l'art. 576, nous dirons *le failli*, ou *les magasins du failli*, il faudra toujours sous-entendre *le commissionnaire*, ou *les magasins du commissionnaire chargé de vendre pour le compte du failli.*

30,000 kilog. de fer. A leur arrivée, l'acheteur les vérifie, signe la réception, puis les fers sont déposés sur un emplacement public, et 20,000 kilog. y restaient encore le jour où Jacques fut déclaré failli. Dans l'état de ces faits le vendeur les revendique.

La revendication doit-elle être accueillie? Oui, dit la Cour de Paris, dans une espèce analogue (1) ; car une marchandise déposée sur un emplacement public n'est pas une marchandise dont la tradition ait été effectuée dans les magasins du failli.

Une double erreur est le fondement de cette décision.

Sans doute les 20,000 kilog. n'étaient-ils pas entrés dans les édifices où Jacques avait coutume de serrer ses marchandises, et qui étaient ses magasins proprement dits ; mais le voyage des fers était fini, et l'emplacement public, devenu, par ce seul fait, le magasin de Jacques. En outre, Jacques, qui avait matériellement disposé de 10,000 kilog., aurait pu tout aussi bien disposer des 20,000 autres. Ainsi, entrée des marchandises dans le magasin du failli, tradition des mêmes marchandises dans le même magasin, tout était consommé, et la revendication ne procédait pas.

L'arrêt de la Cour de Paris a donc mal compris les mots et mal à propos restreint le sens de l'art. 576.

Il est des marchandises qui, à proprement parler, ne s'emmagasinent pas *v. g.*, des bois, des pierres, des marbres, etc. ; on les dépose sur des grèves, des quais, des cales, des rives, des terrains publics ou privés, jusqu'à ce qu'il plaise à l'acheteur de les enlever ou de leur donner une destination. Mais qu'importe la nature du lieu? Dès que l'acheteur a sur la chose tout pouvoir de fait et de droit, *plenam in rem potestatem*, la tradition est *effectuée* (V. t. 1, n° 120).

Deuxième espèce : La marchandise entreposée en douane, survient le jugement déclaratif. Si le vendeur vient revendiquer, *quid juris?*

Prenez au pied de la lettre l'art. 576, et vous direz

(1) V. *Annales* Lehir, 1842, p. 314. Paris, 16 juillet 1842.

avec la Cour de Paris : La marchandise n'est pas entrée dans les magasins du failli. Vous pouvez même ajouter qu'elle n'est pas encore arrivée en France (V. t. 5, n° 53), et que l'acheteur n'en dispose point, puisqu'elle est placée sous la clef douanière.

Mais ce n'est là qu'un tissu de sophismes.

La fiction de l'entrepôt a son objet spécial : procurer au commerce la facilité d'attendre le moment favorable de réexporter des marchandises prohibées, ou de livrer à la consommation des marchandises sujettes à des droits (V. *ibid.*, et n° 52). Pure création d'une loi *sui generis*, elle se renferme dans son objet : *Fictio non extenditur de casu ad casum*. Eh bien ! en réalité, l'acheteur a palpé la marchandise ; il l'a vérifiée ; il en a déchargé le connaissement ; il l'a fait inscrire sous son nom et sous sa responsabilité aux registres de la douane, et il en paye le magasinage. Il en a donc reçu la tradition effective. Qu'importe ici la clef de la douane, dont la pareille était entre ses mains? Dès qu'il plaira au syndic d'accomplir les conditions de la loi en payant les droits de balance, ou autres, il disposera de la chose aussi librement que s'il l'eût trouvée dans les magasins de la faillite. Or, « qui peut faire « en sorte qu'il puisse peut déjà » : *Qui potest facere ut possit parere conditioni, jàm posse videtur* (L. 174, D., *De div. reg. jur.*).

Supposez la marchandise en entrepôt fictif, *idem juris est*.

Car, quoiqu'il soit différent par la nature de la marchandise et de la surveillance administrative, l'entrepôt fictif ne diffère de l'entrepôt réel, ni quant à la fiction, ni quant à la fin (V. *ibid.*, n° 53).

La marchandise étant sous la seule clef de l'entrepositaire, il peut en disposer matériellement à son gré, sous la seule condition de payer les droits et l'amende (1) ; *potest facere ut possit*.

Troisième espèce : Des marchandises expédiées au failli, par un seul envoi et sous le même connaissement,

(1) V. un arrêt de la Cour de Poitiers, J. *du Pal.*, 1831, p. 1249.

une partie seulement étant entrée dans ses magasins, l'autre partie est-elle revendicable?

Dans le cas d'une consignation (t. 3, nos 201 et 208), le commettant revendique sa chose, en tout ou en partie, tant qu'elle subsiste en nature : *Meum est*, peut-il dire, *quod ex re meâ superest, cujus vindicandi jus habeo* (Celsus, l. 41, § 1, D., *De rei vind.*). Pourquoi cela? Parce que, dans l'espèce, la revendication est l'exercice du droit de propriété toujours favorable.

Au contraire, la revendication du vendeur n'est qu'un privilége personnel qui ne doit pas franchir les limites posées à son exercice. Or, elle n'est autorisée qu'autant que la tradition de la marchandise n'ait pas été effectuée dans les magasins du failli, c'est-à-dire tant que la marchandise est en route, par conséquent entière, identique, telle qu'elle a été achetée et expédiée, condition qui n'existe plus dès qu'il y a eu tradition partielle.

Toutefois, une loi faite *ad tollendas fraudes* ne résiste nullement à une interprétation rationnelle et conforme à son esprit (V. *suprà*, nos 90 et 145). Une règle qui, suivant nous, atteindrait ce but, serait de dire : autant de connaissements, autant de traditions distinctes à effectuer; par conséquent, la revendication du vendeur sera non recevable ou admise, suivant que la marchandise, objet du connaissement, aura ou n'aura pas été délivrée au failli : par exemple, l'envoi qui lui est fait se compose de 200 sacs de sucre compris en cinq connaissements de 40 sacs chacun. La tradition d'un seul sac, effectuée dans le magasin du failli, exclut la revendication de tous ceux compris dans le même connaissement; mais elle ne doit pas faire obstacle à la revendication des 160 autres sacs.

C'est la règle posée par Valin (t. 1, p. 663), pour l'exercice du privilége sur le fret; ce privilége s'exerce connaissement par connaissement. Une règle analogue, introduite par l'usage, est suivie en matière d'assurance. Lorsqu'on divise le chargé en plusieurs connaissements ou séries, c'est eu égard au dommage éprouvé par les choses comprises dans la sér e ou le connaissement, qu'on décide s'il y a lieu au délaissement ou à l'action d'avarie.

L'envoyeur doit être libre de diviser ses risques. Or, la faillite est aussi un risque : *Mercatores sunt semper in proximo statu decoquendi* (Casareg., Disc. 54, n° 28).

L'analogie entre ces deux cas et le nôtre est d'une telle évidence que, à notre avis, le juge doit y puiser les motifs de sa décision : *is qui jurisdictioni præest ad similia procedere debet.*

Quatrième espèce : Le 1er septembre 1853, Salomon, chef de la maison Salomon et Cie, de Quimper, se trouvant de passage à Nantes, y traite avec Jacques de 1,200 quintaux de plomb en saumons, provenance de Poullaouen, à raison de tant le quintal, un tiers payé comptant, le surplus réglé en une traite à dix jours de vue sur David, de Landerneau, et, le même jour, il achète, paye et règle de la même manière, à Roboam, un assortiment considérable de quincailleries et de verroteries.

Les marchandises ayant été livrées à l'acheteur en personne dans les magasins du vendeur, il les fait porter à bord de deux bricks qu'il affrète, le *Pollux* et le *Castor.*

Sur le premier de ces navires sont chargés les plombs, en destination pour Quimper, maison Salomon et Cie.

Les verroteries et quincailleries sont mises à bord du *Castor*, en destination pour Gorée, avec ordre au capitaine de tout vendre ou échanger dans le vaisseau même (1).

Le 15, les deux bricks lèvent l'ancre. Mais, à peine avaient-ils appareillé, nos vendeurs sont informés d'un jugement déclaratif de faillite, rendu le 5, contre leur acheteur commun, et du refus antérieurement fait par David d'accepter ses traites.

Aussitôt, Jacques fait partir un commis porteur de sa procuration pour saisir les plombs en quelque lieu qu'ils soient trouvés, moins les magasins du failli ou de son commissionnaire pour vendre.

Le *Pollux* étant encore à Benaudet, la saisie a lieu ; puis, assignation.

(1) Très-souvent c'est ainsi que l'on trafique avec les sauvages de la Sénégambie.

Quant à Roboam, vu l'impossibilité d'expédier un navire à la recherche du *Castor*, il assigne le syndic, et conclut à ce qu'il soit jugé que le capitaine, à son retour, lui rendra compte du produit de ses ventes ou échanges.

La double demande est contestée par le syndic.

Je ne dénie rien dans l'exposé du fait, répond-il à Jacques. Je reconnais aussi que le journal du capitaine atteste qu'il n'a pas fait d'escale, et que le procès-verbal de saisie constate l'identité des plombs.

Mais je soutiens, en droit, que l'art. 576 est sans application au cas où la marchandise a été livrée à l'acheteur personnellement.

Pourquoi cet article interdit-il la revendication de la chose entrée dans le magasin du failli? Serait-ce que l'acheteur n'en devient propriétaire que quand cette chose est chez lui ou chez son commissionnaire pour vendre? Certes, ce n'est pas là ce que la loi a voulu. Nous acquérons la propriété par la tradition faite à notre commissionnaire, au capitaine, au voiturier de son choix ou du nôtre, tout aussi bien que par la tradition qui nous est faite à nous-mêmes. Quel est donc le vrai motif de l'art. 576? Le voici: Le voiturier et le capitaine sont tenus de remettre la marchandise au destinataire dans l'état de conditionnement où ils l'ont reçue. Mais, cette chose une fois entrée dans les magasins du failli ou de son commissionnaire pour vendre, chacun d'eux a une égale facilité de la dénaturer, d'en rendre l'identité méconnaissable. Ils pourraient donc favoriser certains créanciers que le failli aurait plus d'intérêt à ménager qu'il n'en aurait à ménager les autres. Par exemple, il suffit pour cela de déballer mes cafés et de laisser les vôtres intacts. Voilà la fraude à laquelle la loi veut obvier. Mais, pour qu'elle atteigne ce but, il faut qu'on l'exécute à la rigueur. Or, la marchandise une fois livrée à Salomon, il ne tenait qu'à lui de la dénaturer. Il ne l'a pas fait, j'en conviens, mais il pouvait le faire, et cela suffit; car, dans l'application des lois édictées pour prévenir la fraude, il ne s'agit pas de savoir si la fraude a été commise, mais si elle était possible: *Statutum editum ad removendas fraudes, æqualitèr considerat potentiam et*

actum (Casareg., Disc. 8, nos 3 et 4). C'est pourquoi M. Renouard n'hésite pas à dire, t. 2, n° 1147 : « Par « cela seul que les marchandises sont entrées dans les « mains du failli, n'auraient-elles resté que quelque ins- « tants en sa possession, le droit de les revendiquer serait « irrévocablement perdu. »

Ces considérations, qui ne sont pas sans gravité, sont-elles sans réplique ?

L'objet de l'art. 576 est assurément de prévenir la fraude. Mais doit-on l'entendre de la seule fraude dont le syndic a parlé ? La loi n'a-t-elle pas eu aussi pour objet de venir au secours, *v. g.*, d'un manufacturier dont la confiance aura été indignement surprise ? Voici une fraude qui n'est pas sans exemple, et qui fut signalée dans les Chambres :

Sentant approcher sa fin commerciale, un marchand ruiné, dont la ruine est encore inconnue, va dans diverses fabriques où, abusant du crédit fallacieux qui lui reste, il obtient, contre sa signature sans valeur, pour 150,000 fr. de marchandises, qu'il expédie lui-même à sa maison. Si les marchandises appréhendées par cet escroc ne peuvent plus être saisies, elles feront partie de son actif, et alors, pouvant offrir un dividende acceptable, il a l'espoir d'obtenir, et probablement obtiendra-t-il un concordat qu'il n'eût même pas osé demander dans le misérable état de ses affaires. Eh bien ! appliqué littéralement, l'art. 576 fera souvent échouer cette spéculation odieuse, car, d'après son texte, ce n'est pas la livraison qui fait obstacle à la revendication ; c'est l'entrée *en magasin*.

L'autorité de M. Renouard est, très-incontestablement, d'un grand poids. Mais enfin, ce savant magistrat se sert d'une expression qui n'est pas celle de la loi. La loi ne dit pas que les marchandises pourront être revendiquées tant qu'elles ne seront pas entrées *dans les mains* du failli, *mais tant que la tradition n'en aura pas été effectuée dans ses magasins*. Les mains du failli et les magasins du failli seraient équivalemment une même chose, et M. Renouard aurait mille fois raison, si l'action dépendait de la délivrance ou de la non-délivrance. Mais, encore une fois, tout

consiste à savoir si la chose *livrée* est entrée ou n'est pas entrée en magasin.

Car, dans les lois comme dans les conventions, et surtout dans les lois *contrà rationem juris*, on doit rechercher l'intention qui les a dictées, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes. Le mot *revendication* est un mot impropre dans l'art. 576, ou, pour mieux dire, on ne l'y a pas introduit comme un terme de droit, mais dans le sens grammatical de ses synonymes usuels *redemander*, *reprendre* sa chose. Nous l'avons prouvé, t, 3, n° 235, et, s'il en était besoin, deux mots suffiraient à confirmer la preuve :

La revendication proprement dite, la véritable revendication, n'est autre chose que l'exercice du droit de propriété ; et, dans le commerce, la propriété se transmet par la tradition avec titre. Le vendeur qui a livré ne peut donc plus revendiquer *quià nec dominus*.

Tout est à l'inverse dans l'art. 576. Il faut nécessairement que le vendeur ait livré. Au cas contraire, il retient (art. 577). En donnant donc à un vendeur qui n'est plus propriétaire un droit qualifié de *revendication* dans l'article 576, le législateur a entendu dire : « La tradition pourra « être rescindée (réputée non faite, *pro irritâ haberi*), si « le vendeur n'est pas entièrement payé, et que les marchandises soient encore en route. »

Il importe donc peu qu'elles aient été livrées au failli lui-même, ni par qui elles ont été expédiées. Voyageaient-elles quand on les a saisies ? Là est toute la question, et c'est une question de pur fait. Or, ce qui est de fait doit être apprécié selon la vérité du fait : *Facta et omnia quæ facti sunt, ex rei veritate æstimantur* (Faber, *Ration.*, ad leg. 77, D., *De rei vindic.*). Dans l'art. 576, le mot *magasin* perd toute son élasticité. Par conséquent, nulle assimilation possible des *mains* aux *magasins*.

Le Préteur, à Rome, rescindait la tradition faite *in fraude mcreditorum* (*Inst.*, § 6, *De act.*) ; et la loi française permet de la rescinder *in favorem credentis*. Tel est le sens de la loi, et on ne peut rationnellement lui en supposer un autre.

Nous admettrions donc les conclusions de Jacques.

Sur la demande de Roboam, le syndic s'en rapporte à justice, et cela suffit bien. En effet, cette demande est évidemment mal fondée. Tant que le *Castor* voyageait, il n'était qu'un *moyen de transport*, et l'on pouvait saisir. Mais, rendu à sa destination, il est devenu le magasin du marchand ; car, là où le marchand vend et livre sa marchandise, là est incontestablement son magasin. Or, le juge ne peut rien allouer d'équivalent aux effets d'une rescision qu'il ne pourrait prononcer, ou, si l'on veut, d'une revendication que la loi défendrait d'admettre, si l'on eût saisi au lieu du reste.

198. — Nous venons d'expliquer la loi telle qu'elle est faite, en interprétant son texte par son esprit ; car, tant qu'elle ne sera pas modifiée, nul n'est censé l'ignorer, ni ne peut en éluder la disposition.

Les procès nés sous l'ancienne loi des faillites (art. 577) en avaient amené la révision. Ils n'ont pas diminué sous la nouvelle loi. Ils ont même peut-être augmenté. Il est, en effet, d'expérience que le syndic commence presque toujours par former opposition *pour mettre sa responsabilité à couvert* ; c'est la raison banale ; en sorte que de chaque revendication il surgit fatalement un procès, et souvent plusieurs procès qui entravent la liquidation et dévorent l'actif.

Quelle en est la cause ? C'est moins le principe de la revendication que la formule qui l'exprime.

Si un jour, tout en conservant le principe, le législateur revise le premier alinéa de l'art. 576, nous pensons qu'à l'imitation de Rome, qui ne dédaignait pas d'emprunter à l'étranger une institution utile (1), il ne craindra pas de mettre à profit l'expérimentation d'un peuple

(1) Majores nostri neque consilii nequè audaciæ eguêre ; neque superbia obstabat quominùs instituta aliena, si modò proba erant, imitarentur... quod ubiquè apud socios aut hostes idoneum videbatur, cum summo studio domi exsequebantur ; imitari, quàm invidere bonis, malebant (Sall., *De bell. Catilin. orat. Cæs.* — Tite-Live, l. 3. — Tacite, *Ann.*, l 3, ch. 2 — Dig., *De leg. Rhod.*).

voisin (*suprà*, n° 189), et que la nouvelle disposition pourrait être ainsi conçue :

« Tant que la marchandise est en route, le vendeur « expéditeur non payé a le droit de la saisir pour sûreté « de son dû.

« La marchandise est en route tant qu'elle est entre « les mains d'agents chargés d'en opérer le transport au « lieu de destination désigné lors du départ (1) ;

« Son voyage est fini, et sa tradition est effectuée, dès « que l'acheteur peut seul donner des ordres pour qu'elle « soit remise en mouvement. »

Une loi formulée dans ces termes rendrait, pensons-nous, comme impossibles un grand nombre de procès.

Car il doit être évident pour tous, *etiàm lippis et tonsoribus*, par exemple, que des tissus emmagasinés sous une double clef en douane, ou des moellons déposés sur un emplacement public ou privé, à la disposition de l'acheteur qui en a déchargé la lettre de voiture ou le connaissement, ne sont pas des marchandises en route, mais des marchandises dont le voyage est fini. Il faudrait être privé de sens pour ne pas le comprendre.

Dans ces cas donc, pour être lui-même son avocat consultant, le vendeur qui, ayant expédié, serait tenté de saisir, n'aurait qu'une seule question à se faire : « Suis-je « en droit de donner des ordres pour que les tissus soient « réexportés, ou les moellons transportés à deux pas plus « loin ? » Sa réponse nécessairement négative l'avertirait assez qu'il doit s'abstenir.

De son côté, en s'adressant les mêmes questions, le syndic résoudrait ses doutes avec la même facilité sur le point de savoir s'il doit s'opposer à la saisie ou y acquiescer.

Notre double principe n'est pas nouveau. La Cour suprême en a implicitement fait une application remarquable

(1) Jacques, de Rennes, à qui des ardoises sont expédiées de Plélan, va au-devant de la voiture jusqu'à la bifurcation de la route sur Montfort, paye le voiturier, lui donne une seconde lettre de voiture avec ordre de se diriger sur cette dernière ville ; le voyage est fini ; il en commence un autre ; plus de revendication.

dans un arrêt du 13 octobre 1814, dont voici l'espèce (D. P., 14, 1, 551).

En novembre 1810, Jue, négociant au Havre, charge Bérard, de Paris, de lui fournir des porcelaines, des bijouteries et autres objets, et lui annonce que son intention est de les expédier *sous licence* (1) pour l'île de Guernesey.

Le tout est envoyé à Jue dans neuf caisses. Mais auparavant, Bérard les a présentées à la douane de Paris « pour être envoyées à Guernesey, sous acquit-à-caution, « à l'adresse de Vasse et Jue. »

La marchandise arrive au Havre dans les magasins de Jue. Mais celui-ci ne les avait pas expédiées pour Guernesey lorsqu'il fut déclaré failli.

Aussitôt, Bérard revendique et soutient que les neuf caisses devant être envoyées à Guernesey, *elles étaient en route*, puisqu'elles n'étaient pas arrivées au lieu de leur destination, ce qui, suivant lui, était d'autant moins contestable qu'elles voyageaient en effet sous acquit-à-caution.

Après avoir succombé en première instance et en appel, Bérard se pourvoit en cassation. Il succombe encore, et voici, en somme, les motifs de l'arrêt : « Par rapport à « Jue, la mission de Bérard se bornait à lui acheter et ex- « pédier au Havre les marchandises en question, ce qu'il « a exécuté. La déclaration faite à la douane de Paris a « pu remplir le vœu de Jue. Mais cette opération était « étrangère à Bérard. Relativement à lui, le Havre était « le lieu de destination ; et, puisque les marchandises « étaient entrées dans les magasins de Jue, *elles n'étaient « plus en route*, art 577. »

Ce raisonnement est fort juste. D'où vient donc que Bérard et ses conseils croyaient si fermement le contraire, qu'il s'était pourvu en cassation pour violation de l'article 577, celui-là même en vertu duquel la Cour régulatrice a rejeté son pourvoi ? De ce que cette loi (pas plus que la nouvelle loi) ne traçait aucun signe indicateur du

(1) C'était le temps du *blocus continental*.

moment précis où le voyage s'achève ; et dès lors, dans bien des circonstances, on peut, de très-bonne foi, se faire illusion ou concevoir des doutes raisonnables. Mais, si la loi eût dit : « Le voyage de la marchandise est fini « dès que l'acheteur peut seul donner l'ordre de la re« mettre en mouvement », Bérard, homme de sens, à l'esprit de qui il ne pouvait venir qu'il avait le droit d'exporter les neuf caisses, n'aurait pas commencé le long et dispendieux procès qu'il a perdu partout, et qui a retardé quatre ans la liquidation de la faillite Jue, en causant des faux frais aux créanciers, outre la perte des intérêts.

SECTION 3. — Revendication du vendeur, lorsque la marchandise *in transitu* a été revendue par l'acheteur, ou explication du 2e alinéa de l'art. 576.

SOMMAIRE.

199. Il est des espèces qui se rapprochent plus ou moins de celle de l'art. 576 (2e alinéa).
200. 2e alinéa de l'art. 576 : la revendication du vendeur non recevable, si la marchandise, encore en route, a été revendue par l'acheteur; conditions exigées dans la revente pour que le vendeur ne puisse pas revendiquer.
201. La fraude dont il est parlé dans l'art. 576 concerne-t-elle uniquement le vendeur, ou le vendeur et la masse des créanciers? L'action revendicatoire du vendeur et l'action révocatoire de la masse peuvent concourir dans le jugement, mais non dans l'exécution; ce que le juge doit prononcer.
202. Pourquoi l'art. 576 exige le concours de la facture et du connaissement.
203. Fonction et effet de la facture lorsque la marchandise ne voyage point.
204. La facture, la lettre de voiture, ou le connaissement doivent être signés par l'expéditeur.
205. Divers effets de la lettre de voiture et du connaissement;

ces papiers représentent la marchandise en voyage, et leur possession équivaut à la possession de la chose.

206. Vendre une marchandise en route, sur facture et connaissement signés par l'expéditeur, c'est la vendre sur l'exhibition et la remise de ces papiers à l'acheteur.

207. Inconvénients graves du 2e alinéa de l'art. 576; comment les auteurs pensent qu'il pourrait être conçu, s'il venait à être revisé.

199. — Avant de commencer nos explications, fixons-nous bien sur leur objet.

Il est des espèces qui sembleraient s'en rapprocher un peu plus, un peu moins. Gardons-nous bien de confondre ; ce serait tout embrouiller.

Une espèce amplement traitée, t. 1, n° 160, t. 2, n° 151, est celle où des marchandises qui existent au loin sans voyager, *v. g.*, des cuirs ou des tissus de coton dans des magasins à Santa-Fé-de-Bogota, sont valablement livrés, incommutablement acquis, au moyen d'une simple facture reçue de bonne foi. On a vu aussi (*suprà*, n° 197, 4e *espèce*), un acheteur à crédit, personnellement livré en fabrique et déclaré failli peu de jours après, être son propre expéditeur, et aller en Sénégambie vendre les marchandises sur le navire même affrété par lui pour les y transporter. Quelquefois encore, la chose est vendue et livrée *uno momento* sans déplacement, parce que c'est le vendeur lui-même qui devient agent du transport. Par exemple, si je vous vends à la boulevue, pour un seul prix non payé, mes guanos déposés sur la cale du Mail-Donges (à Rennes), et qu'il soit dit *dans le contrat* que je les transporterai à mes frais sur le cours Beaumont, à Morlaix ; par cela seul que les marchandises se trouvent entre les mains d'un agent chargé du transport, ces marchandises sont en route avant d'être mises en mouvement. *In apicibus juris*, je pourrais donc comme vendeur saisir entre mes mains comme voiturier. Mais quel besoin ? Ma saisie ferait double emploi avec mon droit de retenir.

Ces trois hypothèses sont en dehors de notre art. 576 (alinéa 2e), le seul dont il s'agisse en ce moment. Ce sont

des cas incomparablement moins fréquents, qu'aucune loi n'a textuellement prévus, et qu'on ne peut décider que comme nous l'avons fait, c'est-à-dire par le raisonnement avec le secours de l'analogie et de certaines règles du droit. Il en est ainsi de tant d'autres espèces qu'on pourrait aisément imaginer, vu l'infinie variété des conventions humaines et surtout du commerce : *Non possunt omnes articuli legibus... comprehendi.*

200. — L'art. 576 (2e alinéa) ne prévoit qu'un seul cas, et c'est le cas habituel, *qui plerùmque evenit.* Cette hypothèse est celle où les marchandises expédiées au failli ont été revendues sans fraude avant leur arrivée, sur factures et connaissements ou lettres de voiture, signés par l'expéditeur. Quand ce fait s'est accompli avec les conditions exigées, toute revendication est interdite au vendeur. Au cas contraire, il revendique à bon droit.

Il faut donc savoir quand on peut dire que la marchandise a été revendue *sans fraude*, et ce qu'est une vente faite sur *factures et connaissements*, etc., et c'est le cas de redire : *Scire leges, non est earum verba tenere, sed vim et potestatem.*

201. — Aux yeux de la loi, l'acheteur a revendu sans fraude, s'il n'est pas prouvé qu'il l'a fait en fraude. La fraude envers les tiers (*alii*) ne se présume pas plus que le dol contre un ou plusieurs des contractants; et, qui allègue la fraude en demandant, ou l'oppose en défendant, doit en fournir la preuve.

Mais de quelle fraude s'agit-il?

S'agirait-il uniquement d'une fraude concertée entre le premier acheteur et son propre acheteur pour priver l'expéditeur du bénéfice de la revendication? Ou faut-il aussi l'entendre d'une fraude et d'une complicité de fraude ourdies contre les droits des créanciers? On verra, dans un instant, que cette autre question ne manque pas d'importance.

Quelque chose de bien important encore serait un moyen sûr de toujours reconnaître la fraude. Mais, nous

l'avons dit ailleurs, la fraude est si habile à prendre un air de bonne foi, si ingénieuse à varier ses formes, qu'il est impossible de donner son signalement. Tout ce qu'on peut faire, c'est de feindre une espèce propre à servir de guide ou de point de comparaison dans des cas semblables ou analogues. L'expérience et la perspicacité du juge feront le reste.

Par exemple, Salomon fait saisir les sucres expédiés par lui à Jacques, tombé depuis en faillite, lequel les a revendus à Roboam avant leur arrivée, et il articule des indices qui semblent autoriser le soupçon que la vente et l'achat sont une double simulation, notamment en ce que la partie des sucres est étrangère au commerce de l'acheteur, marchand de cuirs et de chaux.

Roboam conteste et prétend :

Qu'il a acheté de bonne foi, en laissant à son vendeur un bénéfice de 5 p. 100 sur le montant de la facture;

Qu'il en a réglé le prix en ses billets à ordre et en traites sur divers, à diverses échéances; et il prouve avoir pris livraison par l'exhibition du connaissement passé à son ordre *avec expression des valeurs fournies*.

Mais le juge consulaire, qui sait que la fraude a toujours grand soin de se mettre en règle, ordonne à Roboam de représenter ses livres, et voici ce qui en résulte : le montant des billets et traites excède le prix de la vente, et l'envoi du connaissement a précédé la revente ou l'envoi de la facture.

De plus, il se vérifie que, le jour de la revente, les sucres, qui gagnaient 25 p. 100 lors de la saisie en route, étaient en baisse de plus de 10 p. 100 sur le prix de la première vente.

Enfin, il est notoire que, suivant l'usage de la place, les ventes sur connaissement ne se règlent qu'après l'arrivée de la marchandise.

Dans cet état des faits, tout portait à croire que la revendication allait être accueillie. Il serait difficile, en effet, de n'y pas voir une revente simulée en fraude du vendeur.

Mais le juge n'avait pas encore prononcé quand sur-

vient le syndic, demandant acte de son intervention, fondée sur ce que Roboam, quand il a traité, n'ignorait pas la cessation de payements de Jacques, et, pour preuve, il produit une lettre de Roboam lui-même, trouvée dans les papiers du failli. Le syndic conclut donc, aux termes de l'art. 447, à ce que la revente soit annulée, et Roboam condamné à lui remettre le connaissement des sucres.

De son côté, Roboam, après quelques phrases évasives sur le sens de sa lettre, soutient que, si, *par impossible*, il est condamné à rendre le connaissement, il doit être ordonné au syndic de lui rendre les traites et billets, et il y conclut *très-subsidiairement*.

Pour ce qui est de Salomon, ses conclusions tendent à ce que la saisie soit déclarée valide et maintenue jusqu'à ce qu'il soit payé par qui de justice il sera ordonné.

Sur tous ces débats, le juge a déclaré la revente révoquée comme ayant été faite *in fraudem creditorum;* enjoint à Roboam de restituer le connaissement au syndic; jugé la saisie à tenir tant que celui-ci n'aura pas payé le prix, sous les déductions, s'il y échet, mentionnées en la disposition finale de l'art. 576; et, sans s'arrêter à la demande en restitution des billets et traites, ordonné qu'un extrait du jugement, ensemble lesdits traites et billets, seront, sur-le-champ, transmis au procureur impérial, pour être par ce magistrat avisé ainsi qu'il appartiendra.

A-t-il été bien jugé? Nous le pensons. Voici, au reste, en résumé très-succinct, les motifs du juge:

Deux revendiquants sont en présence, dont l'un revendique les sucres, l'autre le connaissement des sucres, et on leur oppose à tous deux la même exception, à savoir, la revente. La question révocatoire est donc préalable; et, comme il nous a paru que la revente a été simulée en fraude des créanciers en même temps qu'elle nuirait à l'action revendicatoire du vendeur, nous la déclarons nulle sous ce double rapport. Or, la revente annulée, l'affaire est remise au même état que s'il n'y avait pas eu de revente. Par conséquent, la saisie *in transitu* a été pratiquée à bon droit, et c'est aussi à bon droit que le syndic redemande à Roboam le connaissement des sucres. Mais,

si les deux revendications ont pu concourir dans le jugement, leur concours est impossible dans l'exécution, puisque le sort de l'une et de l'autre dépend d'une condition purement potestative de la part du syndic. S'il prend la marchandise, il devra préalablement en acquitter le prix. Si le prix n'est pas payé, Salomon pourra reprendre la possession de la chose. Mais, ne pouvant pas savoir quelle sera l'option du syndic, nous devons faire droit alternativement pour les deux hypothèses.

Ces considérations nous semblent conformes à la loi.

Quant au dispositif d'office, c'est l'exécution littérale de l'art. 29 du Code d'instruction criminelle ; car une vente simulée par le failli est un détournement par le failli d'une partie de son actif (art. 591). Dans l'espèce, il peut donc y avoir crime et complicité du crime de banqueroute frauduleuse. Or, les traites et billets pouvant servir à la manifestation de la vérité, le juge, qui a dû en ordonner l'envoi au ministère public, n'avait rien à statuer sur les conclusions subsidiaires dont ils étaient l'objet.

202. — On a vu au numéro précédent ce qu'est, aux yeux de la loi, une vente contractée sans fraude. Il nous reste à faire voir ce qu'il faut entendre par une vente faite sur facture et connaissement, ou sur facture et lettre de voiture, et pourquoi, si l'expéditeur n'a pas signé les deux pièces requises, il conserve le droit de revendiquer.

La facture acceptée est une constatation légale de la vente et de l'achat (art. 109). C'est un juste titre pour livrer, *justa causa tradendi*, pour recevoir livraison, *traditionisque accipiendæ*, pour forcer le vendeur à livrer, et l'acheteur à se livrer.

Mais, selon le droit commercial, et particulièrement selon le droit des faillites, ni le titre sans tradition, ni la tradition sans titre, ne transmettent la propriété (V. *suprà*, nᵒˢ 197 *in fine*, nº 155, et nº 64 *in notis*). De là le concours indispensable (même sous l'ancienne loi, art. 578) de la lettre de voiture ou du connaissement avec la facture. Car alors, comme aujourd'hui, l'effet de chacune de ces pièces n'était pas uniquement de constater l'expédition. L'une

ou l'autre, remise à l'acheteur, constituait entre ses mains une tradition civile équivalente à la tradition effective : *Tantùm in casu ficto operatur fictio legis, quantùm veritas in casu vero.*

Cette tradition artificielle (*constructive delivery*) était de nécessité dans une législation qui, en même temps qu'elle permet de revendre la marchandise en voyage (*in transitu*), laquelle ne saurait être matériellement livrée en ce moment, exige pour la consommation de la vente qu'il y ait délivrance de cette marchandise ; qui veut la fin veut les moyens.

Lors donc qu'il était saisi, soit de la lettre de voiture, soit du connaissement avec la facture, l'acheteur avait tout ce qu'il fallait et pour acquérir et pour transmettre.

Par conséquent, s'il revendait sur facture et connaissement ou lettre de voiture, son propre acheteur était incommutablement approprié envers et contre tous. Le domaine de la chose et la chose elle-même, bien qu'elle voyageât encore, étaient en troisième main.

Qu'on ait concédé au vendeur de la revendiquer tant que son acheteur la possède, c'est une déviation du droit, qui se fait excuser, jusqu'à un certain point, par son équité, sa convenance et son utilité. Mais *la confiance dans le commerce* ne permettait pas d'aller plus loin. C'eût été tromper la foi publique et frapper au cœur la circulation commerciale. Le failli ne peut pas ignorer sa position à l'égard du vendeur. Mais un tiers de bonne foi, comment veut-on qu'il le sache ? Tout ce qu'il peut savoir, et cela devrait lui suffire, c'est que son vendeur, qui a la facture et le connaissement ou la lettre de voiture, a un juste titre et possède.

Mais, dans le long intervalle de 1807 à 1838, on avait vu en grand nombre des commerçants ruinés, et néanmoins conservant encore une apparence de probité et de solvabilité, accumuler commandes sur commandes à la veille de leur catastrophe, obtenir des expéditions d'une grande importante, revendre les marchandises en voyage, et grossir ainsi, dans l'espoir d'un concordat, un actif presque nul, ou disparaître avec le produit. Pour obvier à ce bri-

gandage, fléau de l'industrie et du crédit, il fut édicté par l'art. 576 que, si la facture et le connaissement ou la lettre de voiture n'étaient pas *signés par l'expéditeur*, la revente de la marchandise *in transitu* ne serait point un obstacle à la saisie-revendication.

L'expéditeur a-t-il signé ces pièces, il n'est plus recevable à contester la forme probante d'un marché qu'il a autorisé par deux signatures sans le concours desquelles rien n'aurait pu être vendu ni livré à son préjudice. A lui donc de subir les fâcheuses conséquences du crédit qu'il a fait librement.

203. — Maintenant, qu'est-ce qu'une facture ? Que doit-elle exprimer ? Comment devient-elle synallagmatique ? Quels en sont les effets par rapport au vendeur, à l'acheteur et aux tiers (*alii*), selon le genre d'affaires auquel elle s'applique ? Quelles conditions sont requises pour que ces effets soient produits ? C'est ce qui est amplement expliqué au tome 1er, n° 160, où nous avons fait voir l'utilité d'un instrument qui se prête au plus grand nombre des opérations du commerce. A tous ces points de vue, notre enseignement est épuisé, et notre tâche accomplie. Mais, selon le droit des faillites (nouvelle loi), il est un cas particulier où la facture ne jouit pas pleinement de ses anciennes prérogatives, et nous avons dû réserver pour cet endroit (1) les explications que cette innovation nécessite.

En fait de vente et achat, la facture est toujours l'œuvre du commerçant (2) qui vend.

S'il vend entre présents, il en saisit l'acheteur de la main à la main.

S'il vend à distance, et qu'il expédie, il la lui remet par lettre, et cette lettre l'en saisit.

La facture acceptée, le contrat est constaté aux conditions qu'elle exprime.

(1) V. notre t. 5, p. 78, *in notis*.

(2) Du *commerçant*. C'est une des cinq conditions requises pour qu'elle jouisse des prérogatives que la coutume commerciale y attache (V. t. 1, n° 161).

L'acheteur vient-il à revendre en totalité ou partiellement la marchandise arrivée ou voyageant encore, il en dresse, à son tour, une nouvelle facture, qu'il remet ou qu'il livre de la même manière, selon que les parties sont absentes ou présentes, et dans laquelle il peut, à son gré, insérer de nouvelles conditions, sans révéler celles de son achat : *Trà mercadanti si usa questa prudenza di tenere occulti, e segreti il loro negozi* (Casareg., Disc. 58, n° 14).

C'est ainsi que l'on traitait *jure veteri*. C'est même encore ainsi que l'on traite habituellement, quand, ayant pleine confiance dans la solvabilité du vendeur, on veut suivre sa foi. Au fait, la sécurité du second acheteur ne demande pas autre chose, pourvu que le premier acheteur, second vendeur, continue de conserver l'administration de ses biens jusqu'à l'arrivée de la marchandise, non pas à quai ou sur place, mais au but final de sa mise en route, les magasins du destinataire. Mais celui-ci ne viendra-t-il pas à faillir, la marchandise non encore arrivée ? C'est un événement futur qui, par cela même qu'il est futur, offre toujours plus ou moins d'incertitude : *Nescia mens hominum rerum sortisque futuræ.*

Au reste, le destinataire serait déclaré failli, le voyage inachevé, que le second acheteur n'aurait rien à craindre de la part des créanciers, aucune tradition ne pouvant s'effectuer dans les magasins d'un failli qui n'a plus de magasins (V. *suprà*, n° 194.) L'acheteur serait donc dans le cas du propriétaire qui peut dire : *Aio hanc rem esse meam.*

Ce n'est pas tout. La revente est valable par rapport à l'expéditeur lui-même, quoique le prix lui soit encore dû, et, s'il l'attaquait comme nulle, pour toute autre cause qu'une simulation ourdie contre son droit, il perdrait le procès. Il peut seulement, avec succès, soutenir que, n'étant pas prouvée à son égard, la revente n'existe pas en ce qui le concerne.

Car, si l'expéditeur n'a pas signé la facture et la lettre de voiture, ou la lettre de voiture et le connaissement sur lesquels la revente *in transitu* s'est faite, il a le droit de saisir la marchandise en route, et de la retenir tant qu'il

ne sera pas payé. Ainsi le veulent les trois derniers mots du deuxième alinéa de l'art. 576.

Cette exigence additionnelle à l'art. 577 de l'ancienne loi des faillites n'implique-t-elle point d'autres innovations qu'on n'aurait peut-être pas faites si on les eût aperçues? C'est une question à examiner plus tard. Nous devons nous borner ici à la constatation de deux choses:

204. — Pour que la revendication ou saisie de l'expéditeur non payé ne procède pas,

1° La revente et l'achat de la marchandise en voyage doivent être faits, non sur la facture dressée par l'acheteur qui revend, mais sur la facture émanée de l'expéditeur qui a vendu;

2° Nécessité absolue que cet expéditeur ait signé la facture et la lettre de voiture, ou le connaissement. La lettre d'envoi, portant sa signature, ne supléerait pas au défaut de ces formalités; rien ne peut y suppléer.

Ce sont là des dispositions arbitraires (*contrà rationem juris*), dont l'objet est de prévenir une fraude, et qui, par cela même, commandent une stricte observance; *forma dat esse rei*. En vain le second acheteur voudrait-il prétendre, offrirait-il de prouver, aurait-il la preuve toute faite, qu'il a acheté de bonne foi; *non est audiendus*. La loi laisse à ses risques les conséquences d'un achat contracté sans les précautions qu'elle lui permettait de prendre, et la fraude est présumée sans examen: *Licèt in aliquo actu fraus desit intelligitur tamen comprehensus sub lege prohibente illum fieri ad tollendas fraudes* (Casaregis, Disc. 8, n°s 5 et 12).

Du reste, la facture n'est pas définie par la loi. C'est un titre de vente et d'achat, dont la rédaction peut varier autant que les conditions du contrat dont elle est l'instrument. Il suffit qu'elle exprime l'espèce, la qualité, la quantité, les marques, le prix de la marchandise; c'est tout ce que l'usage exige.

Au contraire, le connaissement et la lettre de voiture étant de modes de livraison créés par la loi, la loi en a commandé les énonciations, et déterminé le caractère

(art. 102, 281). Mais elle ne leur a pas imposé une forme obligée. Tout écrit, de quelque manière qu'il soit conçu, satisfait aux conditions d'une lettre de voiture ou d'un connaissement, pourvu qu'il renferme les énonciations prescrites. Tels sont ou peuvent être des bulletins de chargement (Cass., 31 juillet 1844, Woog c. Gaillard).

Signée par le voiturier ou par le commissionnaire de transport, la lettre de voiture est délivrée contre la réception de la marchandise. C'est de cette lettre de voiture signée par l'expéditeur que celui-ci doit saisir l'acheteur.

Le connaissement est la lettre de voiture du transport maritime.

Dans la matière que nous traitons, l'un et l'autre papier font le même office (1).

Leur contexture est exactement la même (art. 102 et 281), excepté en un seul point : le connaissement peut être à personne dénommée, à ordre ou au porteur (art. 281), disposition qui ne se lit pas dans l'art. 102. Mais il n'en est pas moins vrai que la lettre de voiture se transmet par la voie de l'ordre. C'est une pratique journalière, et de notoriété publique (2). Ce que l'usage de l'Océan avait fait à l'égard du connaissement sous l'ordonnance de 1681, un usage général l'a fait, sous le Code de commerce, à l'égard de la lettre de voiture; il l'a rendue transmissible par endos.

205. — Le connaissement n'a pas pour objet de constater une vente, ni son endossement de transporter la propriété. Quelle est donc sa fonction? Elle nous est clairement révélée par la commission de projet du Code,

(1) C'est pourquoi ce que nous dirons désormais du connaissement, il faut aussi l'entendre de la lettre de voiture.

(2) V. dans les *Annales* de M. Lehir, 1847, p. 192, un parère des 7 et 8 janvier 1847, revêtu de l'adhésion de magistrats consulaires. Ils déclarent que:

« Pendant la durée de leur longue carrière commerciale, ils n'ont « jamais vu de lettres de voiture à ordre, et que, néanmoins, il est « d'un usage constant et général dans le commerce d'attribuer au « porteur par endossement d'une lettre de voiture, tout ce à quoi le « titulaire de la lettre de voiture a droit. »

dans les explications que le Corps législatif lui avait demandées sur les motifs de la disposition finale de l'article 281 :

« L'usage, disait-elle, a fait admettre des connaisse-« ments au porteur et à ordre; ils offrent de grandes faci-« lités et présentent peu d'inconvénients : l'expéditeur « est le maître de disposer de la marchandise qu'il em-« barque dans un navire... et, sans perdre l'avantage de « l'époque favorable à l'expédition, il se réserve le droit « de confier ses intérêts à celui qui lui fera les meilleures « conditions » (Locré, art. 281 C. comm.).

Servir d'instrument entre le chargeur, le capitaine et le destinataire pour lequel le chargeur stipule valablement, à leur convention de transporter, et de payer le transport, c'est l'effet immédiat et propre du connaissement. Quand on l'envisage sous ce rapport, il est très-indifférent pour toutes les parties que le connaissement soit à ordre, au porteur, ou à personne dénommée. Il suffit que le réclamateur ait le droit, en payant le fret, de décharger le connaissement. Or, il aura ce droit tout aussi bien en vertu de l'un de ces titres qu'il l'aurait eu en vertu de chacun des deux autres. A ce point de vue, le connaissement ne créant d'obligations qu'entre le chargeur, le destinataire, et le capitaine, dont ils sont tous deux les obligés, *personam contrahentium non egreditur contractus.* Ici le destinataire n'est pas un *alius.*

Mais, si le connaissement ne peut obliger les tiers, il constate un fait à l'égard de tous : c'est que telle marchandise existe à bord de tel vaisseau. Il peut donc, déposant le caractère de convention, devenir le moyen d'en exécuter une autre à la constitution de laquelle il n'a pas contribué. C'est ce qui a lieu quand la marchandise est vendue ou engagée *in transitu.* Le connaissement livré la livre; il la représente *ergà omnes*, pour la tradition.

Sa possession équivaut à la possession de la chose.

C'est une fiction dont il a déjà été parlé, t. 5, n° 42, mais sur laquelle il convient de revenir, parce qu'elle est le siége du sujet que nous discutons.

« Il y a nécessité, dit Valin (Ord. 1672, l. 2, t. 10,

« art. 3), d'admettre, pour le bien du commerce et la « promptitude de ses opérations, qu'au défaut de la livrai- « son effective qui n'est pas praticable dans l'hypothèse « (celle de la marchandise *in transitu*), la remise qui sera « faite au cessionnaire de la pièce justificative que ces « effets appartiennent au cédant, tienne lieu de tradition « sans autre formalité...

« Il suffit qu'il (l'acheteur ou le cessionnaire), soit por- « teur des factures ou connaissements des marchandises « dont le transport lui est fait, *soit par un ordre à son « profit au dos de ces pièces, soit par un acte séparé par- « devant notaire, ou sous signature privée*, d'autant plu- « tôt que tout est à ses risques dès l'instant du transport.

« Tel est l'usage constant du commerce. »

« Où en serait-on, continue le célèbre commentateur « de la plus belle loi qui soit sortie des mains de l'homme, « s'il était permis d'attaquer ces sortes de négociations, « sous prétexte que la tradition des effets cédés ne serait « pas réelle et effective, ou que le transport ne serait pas « signifié avant toute saisie, en voulant appliquer à des « opérations du commerce des maximes qui ne peuvent « lui convenir et qui, par conséquent, n'ont pas été intro- « duites pour les régler! »

Tel est l'enseignement de Valin, puisé dans l'usage et dans les nécessités du commerce. Or, quelle autorité que Valin! Quelle loi que la nécessité!

Le principe de Valin, consacré par l'art. 1606 du Code Napoléon pour les ventes du commerce de la vie civile (1), est le fondement des art. 576 et 93 du Code de commerce.

Le domaine et la possession de la marchandise en route, revendue sur facture et connaissement, passent immédiatement des mains de l'acheteur, second vendeur, en celles du sous-acheteur, et cela, à l'égard de tous, sauf, s'il y échet, le droit de saisie du premier vendeur. Or, la

(1) Art. 1606 du Code Napoléon. « La délivrance des effets mobiliers s'opère, ...

« Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent;

« Ou même par le seul consentement des parties, si le transport « ne peut pas s'en faire au moment de la vente. »

tradition effective d'une marchandise qui voyage étant impossible, comment cette double transmission s'est-elle opérée? Nécessairement par quelque chose d'équivalent à cette tradition (*quod tantùmdem valet*). C'est donc évidemment par l'effet fictif que la loi, conforme à l'usage, a attaché au connaissement : *le livrer à l'acheteur, c'est lui livrer la chose.*

Voilà pourquoi nous avons appelé le connaissement un *mode civil* de tradition. La remise du connaissement et la remise des clefs sont des traditions de même effet. Si, m'ayant vendu des marchandises, vous me remettez la clef du magasin qui les renferme, *merces traditæ videntur;* c'est comme si je les détenais matériellement, puisque la la clef est le moyen sûr d'en avoir la pleine disposition (V. t. 5, n° 30). Par la même raison, si Jacques me remet le connaissement des marchandises que je lui ai achetées et qui voyagent sur mer, le connaissement me donnant le droit exclusif d'en exiger la délivrance à leur arrivée, c'est à l'égard de ses créanciers comme si j'étais livré. Le connaissement est la clef du navire-magasin où sont les marchandises qu'il transporte.

Il est donc nécessaire de distinguer et de ne jamais perdre de vue les deux fonctions que le connaissement peut remplir :

Il est titre d'une convention, d'une obligation de transport, laquelle a sa cause dans le transport même; c'est son effet réel.

Il représente, quant à la tradition, la marchandise en voyage, et sa remise à l'acheteur produit le même effet que la tradition effective, lorsque cette remise a une juste cause, *v. g.*, une vente, un mandat, un dépôt; c'est son effet fictif.

Cette représentation virtuelle de la chose caractérise essentiellement le connaissement et la lettre de voiture, et les différencie de tous les titres et papiers commerçables.

La confusion qu'en a faite un savant auteur, l'un des premiers qui aient écrit sur le droit commercial depuis la publication du Code, M. Boulay-Paty (t. 2, p. 134), n'a pas peu contribué à la propagation de cette erreur

d'autant plus difficile à déraciner que, passée à l'état chronique dans la doctrine et dans la jurisprudence, elle a sa cause dans une homonymie fort insidieuse. A combien de méprises ne peut-on pas être conduit par le sens multiple des mots! (V. Toullier, t. 8, n°s 48 et 49.)

Commercialement parlant, le mot *ordre* a deux significations très-distinctes :

Dans le commerce des lettres de change et la cession des billets à ordre que la loi leur assimile en ce point (art. 187), ou, pour mieux dire, dans la cession de tous papiers commerçables quelconques, *ordre* signifie le moyen légal de les négocier (1) ou aliéner, avec dispense de la formalité prescrite par l'art. 1690 du Code Napoléon. Ce moyen, c'est l'endossement. Mais, pour que l'endossement produise cet effet, trois conditions sont requises : il doit porter une date, exprimer la valeur fournie, énoncer le nom de celui à qui l'ordre est passé (art. 137). Si l'une de ces conditions fait défaut, l'endossement n'est qu'une procuration (art. 138). Tel est le sens cambiste du mot ordre. Dans cette acception, il est du droit le plus étroit; *forma dat esse rei.*

Mais, dans son acception générale, c'est-à-dire, en toute autre matière que le change, ordre signifie pouvoir ou commission donnée par un marchand de faire une ou plusieurs de ses affaires (2); et, au nombre des affaires de ce marchand, peut être celle de réclamer la délivrance de marchandises chargées par lui ou pour lui sur un vaisseau. Or, celui à l'ordre de qui le connaissement en est souscrit a le droit de les réclamer lui-même, ou de commettre à quelque autre l'exercice de ce droit, et cette commission, il peut la lui donner au moyen d'un endossement qui n'est pas l'endossement dont les art. 136 et 137 ont déterminé la forme et les effets. L'un est un *endos-transport;* l'autre, un *endos-mandat.* Celui-ci ne déplaçant pas

(1) Le mot *négocier* lui-même a diverses significations. Par exemple, on dit très-bien négocier un arrangement, négocier la paix, négocier le rappel d'un proscrit, etc...

(2) V. *Dict. univ. du comm.*, par Jacques Savary des Bruslons, v° *Ordre.*

la propriété, et, par cela même, ne pouvant nuire à personne, il n'est, ni ne devait être astreint par l'art. 281 à aucunes énonciations, ni expressions sacramentelles. La raison en est évidente : le mandat est du droit naturel, et la lettre de change, une création de la loi, comme le sont tous les papiers qui se négocient de la même manière que la lettre de change. L'un n'est qu'une transmission de pouvoir, dont la cause, quelle qu'elle soit, peut rester secrète entre le commettant et le commissionnaire, sans que l'intérêt des tiers soit compromis, ni que l'efficacité du mandat en souffre; l'autre, au contraire, transport, aliénation de propriété à l'égard de tous, doit exprimer *la valeur fournie*, pour mettre les créanciers du cédant à lieu de vérifier si cette cause du transport est juste, ou si l'aliénation ne fait pas fraude à leurs droits.

Non-seulement les deux *ordres* diffèrent, mais il est impossible qu'ils ne diffèrent pas. Car une lettre de change qui chargerait la personne indiquée de payer autre chose qu'une somme d'argent ne serait pas une lettre de change ; ce ne serait qu'un mandat, et c'est en quoi on a pu, jusqu'à un certain point, comparer l'*endos-mandat* du connaissement à l'endossement de la lettre de change, lequel aussi n'est qu'un mandat, quand il n'exprime pas une valeur reçue en échange (art. 138).

L'*endos-mandat* étant du droit naturel, chacun est libre de le faire comme il veut : *Sivè rogo, sivè volo, sivè mando, sivè alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est* (L. 1, § 2, D., *Mand.*). Mais habituellement, il se fait en un style uniforme et très-concis. Que le porteur du connaissement y écrive ou fasse écrire, et souscrive (il n'importe en quel endroit) : *livrez à....* v. g., *Pierre*, il n'en faut pas davantage ; ce peu de mots suffisent à tout.

Ils suffisent pour passer l'ordre ou, ce qui revient au même, à constituer le mandat ; car, intimer au capitaine l'ordre de livrer à Pierre, c'est donner à Pierre, à qui le connaissement est remis, le moyen et le mandat d'exiger; non-seulement ce mandat, mais beaucoup d'autres encore, par exemple, celui de vérifier le conditionnement, etc..., de payer le fret, etc..., et de *décharger le connaissement*,

étant d'usage entre marchands, et de maxime dans le droit commercial, qu'un mandat de commerce renferme tacitement tous les autres mandats sans lesquels ce mandat ne pourrait être exécuté : *Mandata mercatorum tacitè comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad peragendum id* quod mandatum est (1). Réciproquement, *livrez à Pierre* (2) suffit à la pleine sécurité du capitaine, puisque ces mots impératifs font preuve que Pierre a bien le pouvoir de décharger le connaissement, quoi fait, le capitaine est libéré. Il n'y a que le commerce, toujours avare du temps et clairvoyant dans ses affaires, qui sache inventer des locutions si merveilleusement expéditives et précises.

Précises : en effet, des trois mots, il n'en est pas un d'où l'on puisse induire un transport de propriété ; et, au fait, ce n'est pas le connaissement qui est vendu ; c'est la marchandise fictivement représentée par ce papier. Mais il ne la représente que pour sa tradition en voyage, et les fictions se renferment dans leur objet : *Fictio non extenditur de casu ad casum*. Aussi la valeur payée ou promise

(1) V. Casareg., Disc. 198, n° 22.

Dans le connaissement, le capitaine adresse la parole au chargeur en ces termes ou autres équivalents :

« Je, capitaine commandant le navire, etc..., etc..., reconnais « avoir reçu dans ledit navire, dessous son tillac, *de vous*, *M. Jacques*, les marchandises sous-mentionnées, marquées et numérotées comme en marge... Savoir, 30 barils de farine, le tout sec et « bien conditionné, lesquels je promets délivrer à vous-même ou « à votre ordre, au Fort-Impérial de la Martinique là où sera ma « droite décharge..................... ; et vous, M. Jacques, serez « tenu de me payer pour mon fret la somme de........ En témoi- « gnage de vérité, j'ai signé deux connaissements d'une même te- « neur ; l'un desquels accompli, l'autre sera de nulle valeur. A « Bordeaux, le........... »

Ce connaissement est rédigé d'une manière conforme aux explications données par la commission du projet de Code. Mais l'exemple apporté par cette commission n'est que démonstratif. Le capitaine pourrait dire très-valablement, en parlant à Jacques, chargeur : lesquelles marchandises je promets délivrer *à Jéhu ou ordre*.

Inutile de dire qu'en parlant de deux connaissements, nous n'entendons parler que de ceux remis au chargeur lui-même.

(2) Si l'endosseur disait (ce qui lui est très-permis) : Livrez à Pierre *ou ordre*, il s'ensuivrait pour Pierre le pouvoir de se substituer quelqu'un.

au second vendeur est-elle le prix du chargé, lequel passe à ses risques, et non le prix de la police de chargement (1). Par conséquent, de quelque manière que le connaissement d'une marchandise soit conçu et transmis, il n'en peut jamais transmettre que la possession.

Ce n'est donc pas de la transmission du connaissement et de la facture, ni de la forme dans laquelle ces titres sont transmis, que dépend le sort de la revendication. Une chose en assure le succès : c'est que l'expéditeur ne les ait pas signés, ou qu'il n'en ait signé qu'un. Ce qui y met obstacle, c'est le double fait de sa signature sur les deux pièces, et de leur possession par le sous-acheteur dont l'achat est la juste cause par laquelle il possède.

206. — Cela posé, qu'est-ce que *vendre* et *acheter* une marchandise encore en route *sur facture et connaissement signés par l'expéditeur ?* C'est la question capitale.

Salomon, de Bordeaux, expédie à Dunkerque un chargement de sucre brut, pour le compte de Jacques, de Lille, son acheteur, et lui en adresse facture et connaissement *signés*. L'une et l'autre pièce sont à la personne *dénommée* de Jacques.

Avant l'arrivée, Jacques revend à Roboam et lui remet la facture et le connaissement dont son vendeur l'a saisi.

Le navire encore en mer, Jacques est déclaré failli, et lorsque Roboam veut prendre livraison, Salomon revendique.

Salomon raisonne ainsi : J'ai vendu et expédié. Mais, dans la crainte de ce qui arrive, je n'ai voulu faire à ordre, ou au porteur, ni la facture, ni le connaissement. C'est à dessein que je les ai faits à la personne dénommée de Jacques. Jacques n'a donc pu les négocier (art. 281), transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-

(1) C'est la dénomination que l'on donnait et que l'on donne encore au connaissement sur toute la Méditerranée. Telle est aussi sa dénomination en Angleterre et aux États-Unis : *Bill of lading*.

Cette expression déterminative a le grand avantage de faire voir que le connaissement n'opère comme contrat qu'entre le chargeur, le capitaine et le destinataire.

même. Or, il ne pourrait s'opposer à ma revendication; vous ne le pouvez donc pas plus que lui.

Roboam réplique : Vous avez vendu et livré. Voici, en effet, votre facture et votre connaissement, signés par vous, qui le prouvent. Votre acheteur avait donc bien le droit de revendre et le moyen de livrer. Or, j'ai acheté et pris livraison. J'ai titre et possession : titre dans l'achat de la marchandise; possession par la remise que Jacques m'a faite du connaissement et de la facture. Quelle place, quel prétexte même, reste-t-il à votre revendication? Si la marchandise avait *suite par hypothèque*, le commerce serait-il possible!

Sur ces deux plaidoyers, *quid juris?*

Nous ne voyons pas d'objection sérieuse contre l'argumentation de Roboam fondée en raison, et sur le texte même de l'art. 576. Car, puisque le connaissement représente la marchandise quant à la tradition, n'est-ce pas une conséquence forcée que la remise de ce connaissement à l'acheteur opère une tradition virtuelle de la chose, comme la remise de la chose même opère la tradition effective : *Idem operatur fictio in casu ficto, quoad juris effectum, quod veritas in casu vero* (Alteserra, tract. 1 et 2, cap. 1 et 2)? Aussi, voulez-vous savoir quand la revendication du vendeur expéditeur n'est plus recevable, n'allez point le demander à l'art. 281 ; ceci ne le regarde pas; demandez-le à l'art. 576, spécial à la matière : c'est lorsque la marchandise non encore arrivée a été vendue *sur facture et connaissement... signés par l'expéditeur;* c'est-à-dire lorsque le sous-acheteur l'a achetée sur l'exhibition et sur la remise de ces deux pièces, et que de plus il justifie de son achat.

Si l'art. 281 impliquait la conséquence que le connaissement *à personne dénommée* offre à l'expéditeur l'étrange avantage de pouvoir vendre et livrer sa chose sans en perdre la propriété, et néanmoins de lui faire traverser les mers aux risques d'un acheteur qui n'en sera le maître et n'en pourra rien faire qu'après en avoir payé le prix, quel besoin de l'art. 576? La revendication bâtarde que cette loi concède au vendeur, en lui imposant certaines

conditions onéreuses, est bien loin de valoir la vraie revendication dont il puiserait le droit dans l'art. 281 ; et dès lors, les longues investigations, les discussions solennelles dont l'art. 576 fut l'objet en 1807 et 1838 eussent été vraiment dérisoires. Que penser, en effet, d'une délibération législative où l'on eût sérieusement agité la question de savoir si, par un article à faire, on accorderait le moins à celui qui avait le plus par un article tout fait? C'eût été (qu'on nous passe le mot) *disputer de la chape à l'évêque.*

D'ailleurs, parmi tant de ministres, de conseillers d'État, de pairs, de députés qui ont pris part à cette discussion mémorable, comment ne s'en est-il pas trouvé un qui ait fait remarquer l'antinomie de deux lois dont l'une aurait considéré le vendeur comme resté propriétaire après avoir livré, tandis qu'aux yeux de l'autre il eût été seulement créancier, avec certains avantages, du prix d'une chose qui n'était plus la sienne? Preuve évidente que l'art. 281 n'appartient pas au droit des faillites, et qu'il n'a non plus rien de commun, si ce n'est le mot *ordre*, avec les art. 136 et 137, auxquels on veut le rattacher.

Lors donc que le connaissement opère comme mode de livrer, il importe peu qu'il soit à *personne dénommée*, ou conçu de l'une des deux autres manières. Cela n'a d'intérêt qu'au point de vue des facilités que l'art. 281 a voulu donner au maître du chargé pour choisir un consignataire, ou à quelque autre fin. Or, ces facilités sont un effet très-réel du connaissement tripliforme.

Mais il est vital pour le commerce, et Valin l'a dit avec raison, que le connaissement ait aussi l'effet fictif de représenter la marchandise qui voyage. En voici la preuve:

Propriétaire de marchandises qui sont sur mer et que vous ne recevrez que dans quelques mois, vous trouvez une occasion très-avantageuse de les placer. Mais la chose est en mer, et la tradition réelle impossible. Or, nul n'achètera s'il n'est livré. Vous voilà donc privé d'un gros bénéfice que vous auriez pu réaliser, et peut être, quand la marchandise arrivera, sera-t-elle au-dessous du prix

d'achat. Eh bien ! venant en aide à cette position critique, la loi a créé la tradition feinte par la remise du connaissement. Mais le connaissement est *à personne dénommée*, et l'on en conclut, avec autant d'assurance que si l'art. 281 le disait en toutes lettres, qu'il vous est légalement impossible de livrer !

Tel n'ayant pu être le vœu du législateur, tel ne peut être le sens de l'art. 281. Ce ne sont pas là les facilités promises au commerce par les fondateurs du Code.

En tant que mode de livrer, le connaissement n'est pas endossable. Il l'est seulement comme moyen de livraison.

Il en est donc de la tradition feinte par la remise du connaissement comme de la tradition réelle par la remise de la chose. Pour qu'elle existe avec effet, il suffit d'une juste cause; *Fictio est contrà veritatem, sed pro veritate habetur.*

207. Les trois derniers mots de l'art. 576 n'ont-ils pas porté une grave atteinte à la fiction ingénieuse qui rendait la marchandise aussi facilement vendable et livrable voyageant, que si le propriétaire l'eût possédée en magasin? Nul doute, puisque, en résultat, ces mots signifient: *La fiction n'aura lieu que si le vendeur l'a permis.*

Mais, nous ne craignons pas de le dire : cette concession faite aux manufacturiers par un amendement *improvisé et voté à l'improviste* (1), blesse profondément la majesté des lois et la grande maxime *Privilegiane irrogantor* (2).

La loi seule a le droit de feindre : *Fictio est legis, non hominis* (Alteserra, tract. 2, cap. 2). Néanmoins il est des fictions que la loi permet à l'homme de faire. Par exemple, dans un contrat de mariage il peut être dit que des effets mobiliers seront réputés immeubles. Cela n'atténue en rien la puissance de la loi ; *legis est... permittere* (3). Mais que la loi subordonne sa volonté à la vo-

(1) Il n'est pire manière de procéder à la grande œuvre des lois. La nouvelle Constitution a corrigé cet abus.

(2) *Jura non in singulas personas, sed generalitèr constituuntur* (L. 8, D., *De legib.*)

(3) L. 7, D., *eod. tit.*

lonté de l'homme ; qu'il soit au pouvoir de l'homme d'abolir une fiction que la loi a créée parce qu'elle l'a jugée nécessaire au bien général de la société, rien ne répugne plus à une bonne législation : « Œuvre de la loi, la fiction ne « peut être rendue vaine et impuissante. Une fois émise, « c'est la vérité même ; elle en a la puissance et les effets « dans tous les cas pour lesquels elle a été introduite. » (*Le Droit dans ses maximes*, p. 91.)

« Les fictions légales sont la vérité même quand il s'agit « d'appliquer la loi, et, devant elles, la réalité disparaît. » (Championnière, t. 2, n° 1547.)

En violant ce principe qui est de tous les temps (1) et de toute certitude, l'amendement de M. Meynard (2) a donc jeté un désordre dans le Code de commerce.

Ce n'est pas tout : cet amendement déroge à l'art. 109 ; car la revendication du vendeur expéditeur est ou n'est pas empêchée par une revente *in transitu* selon que la revente est prouvée ou qu'elle ne l'est pas. Or, relativement à ce vendeur, la loi n'en permet la preuve que d'une seule manière, la représentation d'une facture ou d'un connaissement *signés par lui*. Si donc vous avez acheté et payé à Pierre, avant sa faillite, des savons que Jacques lui a vendus et expédiés à crédit, et que vous en ayez traité sur le seul connaissement signé de Jacques, ou sur ce connaissement et la facture non signés, faute de pouvoir être admis à prouver un fait vrai, l'achat de Pierre, dont vous avez la preuve en main, ou vous serez évincé, ou vous payerez à Jacques ce que lui doit Pierre, et vous aurez payé deux fois. Ainsi le veut l'amendement.

Mais, si vous appelez comme garant le syndic qui maintient que les savons appartenaient au failli dès avant leur envoi par Jacques qu'il prétend n'avoir été que commissionnaire, Jacques, s'il dénie cette qualité, et qu'il soutienne avoir vendu, pourra prouver sa vente, non-seulement par tous les moyens de preuve que l'art. 109 autorise et qui vous sont interdits, mais au besoin par le

(1) V. D'Aguesseau, lettre 142.
(2) C'est le nom de l'honorable député qui en fut l'auteur.

concours de circonstances graves et précises. L'amendement ne compte pour rien la réciprocité des droits dans les contrats.

Quelque chose de plus étrange encore :

L'art. 577 (ancien Code), n'avait en vue que le fabricant qui expédie ce qu'il a vendu à terme (1), ni l'amendement d'autre objet que de le mieux garantir contre les éventualités d'une fraude trop souvent commise à son égard. Mais, en 1807, au lieu de rédiger la loi d'une manière spéciale à la classe de marchands qu'on voulait privilégier, on la rédigea en termes généraux. Survint l'amendement Meynard, en 1838, et de l'ensemble il résulte, au grand dommage des autres classes de marchands, que des marchandises, propriété des destinataires avant la mise en route, sont frappées, au départ, d'un *veto* absolu qui en fait des valeurs mortes et indisponibles pendant tout le voyage.

En effet, quelle que soit, par rapport à l'expéditeur, la position du destinataire, jamais celui-ci ne peut tirer de sa marchandise en route aucune autre utilité que les risques et périls.

Quand Jéhu m'expédie des blés tendres d'Odessa qu'il a achetés pour moi par mon ordre, ces blés sont ma propriété à partir du moment où il s'en est livré. Ce commissionnaire ne m'ayant donc rien vendu, il n'avait pas à m'envoyer une facture de vendeur. Cependant, en l'absence de cette pièce et d'un connaissement signés par lui, nul ne pouvant savoir avec une certitude absolue si je suis propriétaire pur et simple, ou acheteur à crédit de la marchandise expédiée, nul ne peut me l'acheter avec une entière sécurité, puisque nul ne peut être sûr que je ne tomberai pas en faillite, et que, si ce malheur m'arrive, une revendication ne surviendra pas. Il n'y aura sécurité complète que si je ne suis pas venu à faillir avant la fin du voyage, événement futur, qui peut arriver comme ne

(1) C'est un fait qui résulte de toute la discussion de la loi. M. Tripier l'énonça positivement dans son deuxième rapport devant la chambre des pairs. — V. M. Renouard, t. 2, p. 389.

pas arriver, et dont, par cela même, la certitude actuelle dans un sens ou dans l'autre est absolument impossible : *Nescia mens hominum rerum sortisque futuræ.*

Palmer, mon associé dans l'exploitation d'une belle propriété qni nous appartient en indivis à Ceylan, m'expédie par le trois-mâts *The Nelson*, 15,000 kilogrammes de cannelle qui sont ma part dans les produits de l'année. Deux jours après le connaissement reçu, les journaux de Londres publient un acte du gouvernement anglais qui défend, jusqu'à nouvel ordre, d'exporter de Ceylan des cannelles et des poivres. A cette nouvelle, hausse de 25 p. 100 sur les deux denrées. Sans perte de temps, je m'adresse à un courtier, et lui dis : « Voilà le connaissement de 15,000 kilogrammes de cannelle qui me sont expédiés. Vendez au prix du cours. — Où est la facture du vendeur, me demande le courtier ? — Je n'en ai pas, lui dis-je, et cela par la raison toute simple que je n'ai pas acheté les cannelles. Ces denrées sont le produit de ma récolte de l'an dernier. — L'affaire ne marche pas toute seule, réplique le courtier; néanmoins, je vais voir. »

Après la bourse, il revient et me dit : « Je ne trouve point à vendre. Je leur ai pourtant expliqué votre position par rapport aux cannelles. Mais chacun m'a répondu : Je suis loin de révoquer en doute l'assertion de Pierre; c'est un honnête commerçant. Mais, dans une affaire de cette importance, une garantie morale ne saurait suffire. Il en faut une légale. Or, celle-ci ne peut résulter que du concours des deux pièces que vous savez, et dont aucune n'est aux mains de Pierre. »

Le cas serait le même si j'étais seul propriétaire de l'habitation, et que mon gérant m'eût fait l'expédition des cannelles.

Cependant, huit jours après mes offres inutiles en bourse, le *Moniteur* annonce que, sur les représentations du lord-maire et du commerce de Londres, le gouvernement britannique a retiré la prohibition, et le cours vient en baisse, non-seulement de 25 p. 100, mais de beaucoup au-dessous.

Or, le chargement du *Nelson*, en poivres et en cannelles

pour divers, lequel valait 500,000 fr. à Trinquemalé, lieu du départ, aurait pu être vendu et revendu dix fois, peut-être même davantage, avant l'arrivée du navire à Marseille, lieu du reste. L'amendement aura donc empêché un mouvement commercial de 5 millions et plus. Lorsqu'on songe que tel peut être le sort de toutes les expéditions lointaines, quel préjudice pour le commerce en général! Quelle injustice aussi à l'égard des destinataires exposés à perdre, quand ils auraient pu réaliser des profits!

Que sera-ce donc si la marchandise vient à périr!

L'auteur de l'amendement et les chambres qui l'ont adopté ont-ils entrevu les fâcheuses conséquences qu'il implique, et dont il nous serait facile de multiplier les exemples? S'est-on aperçu que le même amendement emporte confiscation, au profit des fabricants, de l'article 109 qui est par excellence la loi de *la marchandise*, en même temps qu'il abolit la réciprocité des droits dans les contrats, ce qui n'est pas moins grave? A-t-on songé qu'il détruit la fiction introduite par la disposition même à laquelle il s'adapte? A-t-on songé, enfin, que, premier acheteur d'une marchandise, quelle qu'en soit l'origine manufacturière ou autre, je ne puis la vendre sans faire connaître à mon propre acheteur le prix auquel je l'ai achetée moi-même, et que, pour pouvoir la vendre, il faut que je la vende tout entière, étant impossible de remettre à plus d'une personne la facture et le connaissement *signés par l'expéditeur?* Il est permis d'en douter; il est même permis de croire que l'on n'y songeait pas, et que, si l'on y eût songé, on eût rejeté un amendement qui ajoute à tant d'inconvénients celui de déroger aux articles 2119 et 2279 du Code Napoléon, qui ont approprié au droit civil lui-même cette grande et antique maxime du droit marchand : *Ad possidentes res possessæ pertinere præsumuntur* (Casareg., Disc. 211, n° 31).

La jurisprudence anglaise nous semble avoir mieux pourvu aux intérêts du commerce et de l'industrie. Cette jurisprudence est fondée sur la maxime *Ad possidentes*, etc... En Angleterre, aux États-Unis, et, nous croirions pouvoir le dire sans trop de témérité, chez toutes

les nations commerçantes du monde, la fiction de la tradition par le connaissement opère autant dans le cas qu'elle suppose, que la vérité dans le cas qui est vrai (1).

Cette jurisprudence, sanctionnée par un statut royal (2), pourrait ainsi se traduire :

« Le droit de saisie (3) n'a plus lieu si la marchandise « a été revendue en route, et que le sous-acheteur en ait, « de bonne foi, reçu du premier acheteur le connaisse- « ment ou la lettre de voiture. »

Quand on demande à nos Codes quelle est la peine infligée à l'infâme trahison de la foi commerciale dont les trois mots d'amendement voulaient empêcher les effets, on est tout étonné de voir non-seulement qu'elle reste impunie, mais que, plus elle aura fait de victimes, plus son auteur a d'espoir d'être remis à la tête de ses affaires avec déclaration d'excusabilité! Eh bien! cet espoir, premier mobile de sa méchante action, qu'on le lui enlève *à priori*. Qu'il soit dit, par exemple : « Est indigne « d'un concordat tout commerçant qui achète et se livre « à crédit entre sa cessation de payements et le jugement « déclaratif; » on ne verrait pas aussi souvent, peut-être ne verrait-on plus, se reproduire une fraude dont le résultat unique, mais certain, pour qui l'aurait commise, serait le déshonneur joint à la contrainte par corps, incessamment imminente (4).

(1) *The negotiation of a bill of lading will defeat the vendor's right to stop* in transitu. Smith, *Mercantile remedies*, sect. 4, p. 334.

(2) Le statut est de George IV. Smith n'en donne pas la date.

(3) Le *stoppage in transitu*, la revendication.

(4) Nous n'avons pas besoin de dire que, nonobstant l'art. 576 *amendé*, il se fait encore des marchés fermes sur les marchandises en voyage. Mais pourquoi ? Par la même raison qui fait qu'on prend une lettre de change sans pouvoir être certain si la provision sera faite, ou, si étant faite, elle ne sera pas retirée (V. t. 4, n° 291), c'est-à-dire parce qu'on a confiance dans la probité et dans la solvabilité du cédant avec lequel on traite. Mais quand celui ci vient à manquer, ce qui n'arrive que trop souvent (temoin les recueils de jurisprudence), alors, mais trop tard, viennent les regrets, et l'on voit que l'art. 576 signifie au juste : *Voulez-vous n'être jamais pris dans aucune faillite, ne faites jamais de crédit.* Il reste à savoir si ce précepte de M. Meynard est favorable à l'intérêt général du commerce. Napoléon Ier ne le pensait pas (V. *suprà*, nos 187 et 64, *in notis*).

Si les marchandises expédiées par terre ou par mer, de quelque lieu que ce soit, sont des valeurs inertes durant tout le voyage, au grand préjudice des commerçants et de l'État éminemment intéressé à la circulation du commerce, c'est, comme on vient de le voir, par le double résultat de l'art. 281 transporté dans un ordre de choses qui lui est étranger, et de l'art. 577 (ancienne loi des faillites), grandement empiré par son amendement de 1838. On verra dans la section suivante que l'assimilation du connaissement aux papiers commerçables, c'est-à-dire la confusion que l'on fait de *l'ordre* ou *endos-mandat* avec *l'ordre* ou *endos-transport*, n'est pas moins funeste au commerce. C'est la ruine du crédit.

Section 4. — Rétention ou privilége du commissionnaire au cas de revendication par le vendeur.

SOMMAIRE.

208. Texte de l'art. 93; il en naît trois questions également importantes, mais distinctes.
209. La première est de savoir si le droit accordé au commissionnaire sous le nom de *privilége* est un privilége; preuve qu'il n'est pas autre chose que le droit de rétention; plusieurs différences entre ce droit et le privilége.
210. Critique que le *Répertoire* de M. Dalloz adresse aux auteurs; réfutation de cette critique par le *Répertoire* lui-même; pourquoi le droit de rétention ne doit pas être confondu avec le privilége.
211. M. Troplong enseigne que le droit de rétention n'est qu'une exception personnelle; examen et réfutation de cette doctrine.
212. Par la seconde question on demande si, pour assurer au commissionnaire le droit de rétention, il faut que la marchandise lui ait été directement expédiée; solution négative.
213. La troisième question est celle-ci : Quand le connaissement est à ordre, le commissionnaire n'en est-il valablement

208. — Les art. 93 et 94 sont ainsi conçus:

Art. 93: « Tout commissionnaire qui a fait des avances « sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place « pour être vendues pour le compte d'un commettant, a « privilége pour le remboursement de ses avances, inté- « rêts et frais, sur la valeur des marchandises, si elles « sont à sa disposition, dans ses magasins ou dans un dé- « pôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut « constater, par un connaissement ou par une lettre de « voiture, l'expédition qui lui en a été faite. »

Art. 94: « Si les marchandises ont été vendues et livrées « pour le compte du commettant, le commissionnaire se « rembourse, sur le produit de la vente, du montant de

« ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créan-
« ciers du commettant. »

De ce double texte, trois questions distinctes, mais d'une égale importance pour le crédit.

La première est celle-ci : *De quelle nature est le droit que l'art.* 93 *attribue au commissionnaire qui a fait des avances?*

Pris au pied de la lettre, cet article ne présente aucun doute; le droit du commissionnaire est un privilége, puisque le mot *privilége* y est écrit. Mais ce n'est pas dans les mots que la vertu des mots réside, c'est dans la chose: *Non nomen rei, sed res nomini dat vim.* Au lieu donc de s'arrêter au sens littéral des termes, il faut les entendre dans leur sens le plus rationnel, et selon la vraisemblable intention du législateur qui s'en est servi: *Verba intelligi debent in sensu magis verosimili et rationabili..., non curato sensu materiali eorum verborum* (Casareg., Disc. 58, n° 17, et Disc. 63, n° 12). L'examen est donc permis. Non-seulement l'examen est permis, il est nécessaire, parce que, avec le mot *privilége* dans son acception juridique, les art. 93 et 94 ne sauraient être expliqués rationnellement, ni appliqués avec justice; et, loin de produire les effets en vue desquels ils ont été édictés, ils en produiraient d'injustes et d'absurdes, ce qu'on ne doit jamais admettre dans l'interprétation de la loi.

Voilà pourquoi nous avons enseigné, t. 3, n° 229, que le droit du commissionnaire n'est ni le privilége ni le gage, et qu'il n'est pas autre chose que le *droit de rétention.* On nous a nié cette proposition (quoi de plus facile que de nier sans se mettre en peine de rien prouver autrement qu'en affirmant de plusieurs manières différentes la proposition contraire!); mais nous n'en avons trouvé nulle part une réfutation sérieuse. Car (nous le prouverons tout à l'heure) on ne peut, en conscience, qualifier ainsi une sorte de critique inintelligente de la raison des lois dont elle parle, et fort inexacte à notre endroit, insérée dans le *Nouveau Répertoire méthod. et alph.* de M. Dalloz (v° *Commissionnaire*); et pourtant c'était le cas, ou ja-

Sans doute il est des cas où le privilége produit le même effet que la rétention; mais il en est beaucoup d'autres où la rétention assure au créancier plus de garantie que le privilége, et c'est un motif grave de ne pas les confondre. D'ailleurs, leur origine est loin d'être la même.

« En effet, le privilége est un droit que la qualité de la « créance donne à un créancier d'être préféré aux autres « créanciers, même hypothécaires (art. 2095 C. Nap.). » Il naît donc, *ipso jure*, de la faveur que la loi reconnaît être due à telle ou telle créance à raison de sa qualité: *Privilegia ex causâ æstimantur.* Mais, parmi nous, le degré de faveur qui rend une créance privilégiée est indépendant de l'arbitraire du magistrat et de la date des titres. Le législateur a limitativement désigné lui-même les causes de préférence.

Tel est le privilége *in substantiâ.*

Le droit de rétention est tout autre. Ce droit n'a pas sa cause dans la qualité plus ou moins favorable de la créance. Son unique fondement est la détention, sans laquelle il ne saurait exister: *qui ne détient ne retient.*

Au contraire, le privilége suppose nécessairement que le créancier ne détient pas; car, s'il *détient*, *il retient*, et alors ce n'est plus le privilége.

Autre différence: deux ou plusieurs créances peuvent avoir une même cause, conséquemment le même rang; et, dans ce cas, le privilége peut et doit concourir avec le privilége (art. 2097 C. Nap.).

Au contraire, deux ou plusieurs créanciers ne pouvant pas plus détenir réellement la même chose *in solidum*, que leurs pieds occuper verticalement la même place sur le sol, le droit de rétention est exclusif. C'est son plus beau privilége (1).

usages ont établi et que les besoins du commerce justifient. (Rapport de la Commission du projet du Code, Locré, t. 17, p. 41.)

Ce droit est tellement utile au commerce, qu'il peut être réclamé par toute personne même non commerçante. (Cass., 23 avril 1816.)

(1) Le mot *privilége* a aussi ses diverses significations: par exemple, les richesses donnent de grands priviléges... Il a le privilége de n'être jamais malade, etc... C'est le *sensus vulgaris*. En ce sens,

Enfin, la créance privilégiée étant inséparable de la cause de son privilége, la créance et le privilége coexistent ou ils n'existent pas. L'esprit ne peut concevoir un privilége sans créance.

Au contraire, on conçoit aisément que, n'y eût-il pas eu détention, ou la détention eût-elle cessé, la créance n'en existerait pas moins. La détention de la chose n'est donc pas une qualité de la créance.

Cependant la qualité d'une créance est, aux yeux de la loi, la seule cause de son privilége (art. 2095 C. Nap.).

Par conséquent, pour que le privilége de l'art. 93 ne soit pas un effet sans cause, il faut lui en trouver une autre que la détention. Voyons si cela est possible.

Et d'abord quel est le but de la loi? D'encourager le crédit en assurant au commissionnaire, *avant* et *après* l'exécution de son mandat, le remboursement de ses avances, intérêts et frais. Mais c'est à la condition qu'il ait plus fait confiance à la chose du commettant qu'au commettant lui même : *Ut merci magis quàm illi crediderit* (L. 5, § 15, D., *De tribut. act.*). La confiance, nous l'avons dit ailleurs, n'exclut pas la prudence. Loin de là, la prudence est dans les devoirs du marchand. C'est pourquoi le crédit à la personne n'a pour toute garantie qu'une action personnelle.

Ce système de protection est tout entier dans les articles 93 et 94, deux textes inséparables en ce qu'ils n'ont qu'un seul et même but ; et pourtant on ne peut bien les comprendre qu'après les avoir soumis tous deux à une étude séparée.

Au point de vue de l'art. 93, c'est-à-dire, *avant* l'exécution du mandat, le commissionnaire se trouve nécessairement dans l'une de ces hypothèses :

Il a avancé, *v. g.*, 40,000 fr. sur la consignation, et n'a pas encore vendu ; ou bien il a vendu et n'a pas encore livré. Du fait de ses avances naît sa créance, et du

privilége veut dire *avantage*. C'est tout ce qu'il signifie dans Valin, lorsqu'il dit *le privilége de la saisie naturelle*, comme dans l'art. 93 qui a érigé en loi la doctrine de Valin et la jurisprudence immémoriale sur laquelle il s'appuie.

fait de sa détention naît son privilége. Mais, qu'il vienne à vendre et à livrer, ou à perdre la disposition de la marchandise de quelque autre manière, plus de privilége. Où donc en était la cause, si ce n'est dans la détention?

La marchandise a péri par un cas fortuit entre les mains du consignataire, ou elle est devenue de nulle valeur par l'effet de son vice propre. La créance née des avances subsiste : *Durat creditum.* Mais le privilége, qu'est-il devenu? Ce qu'est devenue la chose; ils se sont évanouis ensemble : *Cessante causâ, cessat effectus.*

Je fais des avances sur un connaissement dont l'envoi m'est annoncé, mais qui, en définitive, ne me parvient pas. Ai-je un privilége? Nul n'oserait le prétendre; et pourtant, à juger de ma créance par la *qualité* de cette créance (art. 2095 C. Nap.), elle est aussi favorable, et, sous un certain rapport, elle le semble même plus que si le connaissement eût été dans mon portefeuille. Pourquoi donc ne viendrai-je que comme simple créancier? C'est que, n'ayant pas reçu le connaissement promis, je n'ai pas la disposition, ni conséquemment la détention de la marchandise que ce connaissement représente.

Ces diverses espèces tombent toutes sous l'application immédiate de l'art. 93. L'on y voit que, si les avances du commissionnaire sont la cause de sa créance, la détention de la chose est la seule cause de son privilége. Ce sont deux causes qu'il ne faut jamais confondre.

Mais l'art. 93 prévoit aussi une espèce où, au premier aspect, il semblerait qu'on pût douter si le droit du commissionnaire est la rétention ou le privilége :

Jacques, de Lorient, qui a des sucres en dépôt à Brest, chez Pierre, me mande à Lesneven, où je réside, de vendre ces mêmes sucres, sur lesquels je lui fais une avance de 4,000 fr. ; et, peu de jours après, il est déclaré failli, les marchandises invendues. Ai-je un droit sur les sucres dont Pierre n'a pas cessé un instant d'avoir la détention, et, au cas de l'affirmative, de quelle nature est mon droit?

Que j'aie un droit sur les sucres, nul doute. En effet, par cela seul que Jacques m'en a commis la vente, il les

a mis à ma disposition, condition sans laquelle son mandat ne pouvait être exécuté : *Mandata mercatorum tacitè comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad peragendum id quod mandatum est.* Or, pour aliéner une chose, il faut pouvoir en disposer. D'un autre côté, le commissionnaire a privilége pour le remboursement de ses avances sur la valeur des marchandises, *si elles sont às a disposition;* hors le cas de l'art. 95, peu importe en quel lieu, ni chez qui. L'art. 93, fidéjusseur du crédit, ne distingue point à cet égard. Cette loi eût manqué son but si elle eût distingué.

Mais le droit qui m'est garanti sous le nom de *privilége* est-il un vrai privilége, ou le droit de rétention? Quel moyen de retenir une chose qu'on ne détient pas *in rei veritate?* C'est ce qui est expliqué, t. 3, n° 233, où il est prouvé par l'art. 2228 du Code Napoléon et par de nombreuses applications qu'on peut très-bien détenir une chose *quoad juris effectum*, quoique cette chose soit matériellement détenue par un autre.

Effectivement, dès que Jacques a mis les sucres à ma disposition, du moment surtout où je lui ai fait des avances sur ces sucres, Pierre, qui les détenait pour Jacques, les a détenus pour moi. C'est comme si Jacques me les eût délivrés. En d'autres termes, j'en ai reçu la tradition feinte au moyen de laquelle on retient aussi bien qu'en vertu de la tradition effective (1), à moins que la nature des choses, l'impossibilité du fait, n'y mette obstacle : *Fictiones inducuntur à jure contrà rei veritatem, sed non contrà naturam vel possibilitatem* (Altcserra, tract. 1, cap. 1).

Car, *v. g.*, si les sucres ont été frappés de droits chez Pierre, et qu'il ait payé ces droits, je ne viens qu'après lui.

Il n'est donc pas vrai, va-t-on objecter peut-être, que

(1) Cela est si vrai que la possession fictive est tout aussi efficace pour prescrire, que la possession réelle. V. Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. 1, § 3. — *Possidet cujus nomine possidetur*, L. 28, D., *De acquir. vel amitt. poss*

le droit du commissionnaire s'exerce avant tous les autres.

Cette objection est une erreur.

Dans le cas supposé, Pierre, simple dépositaire, *nudus minister*, s'est porté *negotiorum gestor* de Jacques. Il s'est donc *soumis aux mêmes obligations*, et, comme il a bien géré, sa condition active est la même *que s'il eût reçu un mandat exprès du propriétaire*, art. 1372 du Code civil. Pierre est donc aussi un commissionnaire (V. t. 3, n° 78).

Soit, poursuit l'objection. Mais du moins n'est-il pas vrai, comme vous le disiez à l'instant, que le droit de rétention est *exclusif;* car, y ayant ici deux commissionnaires, dont l'un a fait des avances, l'autre des frais utiles, il est naturel et juste qu'ils soient payés *par concurrence* (art. 2097 C. Nap.)

C'est une autre erreur. Sans doute, il y a ici deux commissionnaires ; sans doute encore leurs créances étant sur la même ligne (art. 93), la concurrence aurait lieu *ipso jure* si leur droit respectif était un privilége. Mais c'est le droit de rétention, et l'un détient fictivement, l'autre réellement. Or, « si la possession feinte, par exemple, celle de « l'héritier, en vertu de la seule fiction *le mort saisit le vif*, « se trouve en présence de la possession réelle d'un « tiers... celle-ci l'emporte (*Le Droit dans ses maximes*, « p. 91). » La nature des choses ne permet pas, en effet, que la fiction se soutienne devant la vérité présente : *Debet veritas fortior esse fictione.* La raison en est simple : toute fiction étant fondée sur quelque équité naturelle, là où l'équité cesse, la fiction cesse aussi : *Ubi cessat æquitas naturalis, cessat et fictio* (1) ; et il ne répugne pas moins à l'équité qu'à la nature des choses que dans le combat d'une vérité fictive et par cela même mensongère (2), contre la vérité vraie, celle-ci soit vaincue.

(1) Ce principe universellement reçu en matière de fiction, est une conséquence directe de la loi 19, D. (*in princ.*), *De captivis et postlim.*; ou plutôt, c'est le même principe énoncé en d'autres termes.

(2) *Fictio est mendacium utilitatis causâ, in lege vel jure receptum* (cette définition est de Papinien).

Voilà pourquoi les avances de Pierre sont préférables aux miennes.

Cependant nos deux créances sont égales par leur cause; et, ce qui est spécial au privilége, leur *qualité*, cause de leur primauté sur les autres créances, est la même; et pourtant il n'y aura pas lieu, entre nous, au payement proportionnel prescrit, pour ce cas, par l'article 2097. D'où vient cette anomalie apparente? C'est que le *privilége* de l'art. 93 n'en est pas un dans le sens juridique du mot, mais le droit de rétention qui, dans l'espèce, vaut bien mieux.

Car, en vertu de ce droit qui n'admet pas de partage, Pierre exclut totalement ma créance, si la valeur des sucres ne fait que suffire ou ne suffit pas à le payer. Seulement, ce qui en restera, s'il en reste, appartient à moi seul *jure retentionis* jusqu'à la concurrence de mon dû; parce que, à l'égard de tous autres que Pierre, il pourrait être vrai que je détiens réellement. La fiction de ce fait qui est faux n'a donc rien de contraire à la nature des choses : *Fictio non destruit veritatem, sed refert se ad veritatem* (Alteserra, tract. 1, cap. 1).

Il en serait de même si Jacques m'eût directement expédié les sucres, et que, après lui avoir fait une avance, je les eusse sous-consignés et délivrés à Pierre qui, en étant devenu le détenteur réel, aurait acquitté les droits dont ils ont été frappés chez lui (1).

Booz m'ayant expédié et chargé de vendre pour son compte 25 balles de café sur lesquelles je lui ai avancé 3,000 fr., je les ai vendues à terme et livrées : adieu le privilége. Mais l'acheteur fait résoudre son achat pour quelque cause que j'ignorais, par exemple, parce que les cafés étaient *échaudés*, et me les restitue. Ma nouvelle détention fait renaître mon privilége. C'est comme si je n'eusse pas exécuté le mandat (art. 1183 C. Nap.) (2).

(1) Pour le cas de cette sous-consignation, V. t. 3, nos 254 et suiv.

(2) C'est ce qu'a très-sagement décidé un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1829 (aff. Bonnaric contre Morel). Il est à sa date au *Journal du Palais*.

Voilà pour l'art. 93. C'est le cas du mandat non encore exécuté, et l'on a vu le privilége du commissionnaire naître, s'éteindre, ou renaître avec la détention de la chose, comme on voit l'ombre paraître, disparaître, ou reparaître avec le corps qu'elle reflète. Un phénomène analogue, nous pourrions dire identique, se produit après que le mandat a reçu son exécution. C'est le cas réglé par l'art. 94, suite naturelle ou complément de l'art. 93.

Le commissionnaire qui a fait des avances a vendu et livré, mais il tient dans sa caisse le prix reçu, et le commettant tombe en faillite : *Quid juris?*

Par rapport aux créanciers du failli, la condition de ce commissionnaire est exactement la même que si, après avoir vendu, il n'eût pas encore livré, ou qu'il n'eût ni vendu, ni livré. Seulement, au lieu de détenir la chose, il en détient le produit, et il le retient à due concurrence. Il aura donc préférence, un *primùm mihi*, ou, si l'on veut, un *privilége*. Mais, ce privilége, si privilége il y a, sur quoi est-il fondé? Sur la détention du produit, uniquement sur cette détention.

Car, si le commissionnaire a remis le prix au commettant, ou à quelque autre pour le compte du commettant, son privilége ne suivra pas les espèces chez le failli. Pourquoi cela? C'est que la cause de la préférence acquise au commissionnaire n'était pas la qualité de sa créance, mais la détention des espèces. Or, *qui ne détient ne retient*. Le commissionnaire dont il s'agit est donc simple créancier.

La chose a été vendue et livrée, et le prix réglé en valeurs de crédit à l'ordre du commettant, mais aux mains du commissionnaire. Le privilége de celui-ci existe sur le prix dont ces mêmes valeurs sont la représentation intérimaire, sous la condition suspensive *si les effets sont payés à leur échéance*. Il en peut donc faire saisir le montant entre les mains des débiteurs, comme il pourrait faire saisir une marchandise en voyage qu'il aurait payée de ses propres deniers, et expédiée à crédit (V. t. 3, n° 235). Le terme est au prix ce que le temps du trajet est à la chose.

Toutefois, cette saisie fondée sur la détention des titres n'est, en réalité, qu'un acte conservatoire, car l'action pour recouvrer le prix n'appartient pas moins au commissionnaire de l'art. 92, lorsque surtout il a fait des avances, qu'elle n'appartient au commissionnaire qui a traité en son propre nom, art. 91. Or, qui a seul l'action pour exiger le prix, a fictivement la détention du prix. C'est un cas tout pareil à celui du porteur d'un connaissement, lequel est réputé avoir la chose parce que lui seul a l'action pour l'exiger : *Actionem habens ad rem, rem ipsam habere videtur* (1).

Les valeurs reçues en règlement du prix sont à l'ordre du commissionnaire qui en crédite le commettant dans son compte courant, puis les négocie. Dès l'instant où le crédit est donné disparaît le privilége, qui, après tout, serait inutile au commissionnaire, nanti qu'il est des espèces provenues de la négociation. Mais, vu la faillite des obligés, les effets reviennent à protêt. Le commissionnaire tenu de les rembourser, et à qui ils sont rendus, en débite le commettant qu'il en avait crédité (2), et voit aussitôt renaître son privilége, comme le commissionnaire qui avait vendu et livré, mais dont la vente a été résolue, voit revivre le sien sur la marchandise (3) restituée.

On doit être frappé de la corrélation intime, ou, pour mieux dire, de la sympathie qui existe, quant au droit du

(1) Casareg., Disc. 84, n° 5; L. 15, D., *R. J.*; Alteserra, Tract. 2, cap. 4.

(2) La Cour suprême a jugé bien longtemps que les effets de commerce remis en compte courant devenaient la propriété *définitive* du récepteur à dater du jour même de la remise, et le constituaient irrévocablement débiteur, envers son correspondant, du montant de ces valeurs.

Cette jurisprudence était contraire à la nature du compte courant, d'après laquelle il n'est donné crédit des remises que sauf l'encaissement, c'est-à-dire à la condition que les effets seront payés. (V. notre t. 3, n°s 336, et suivants.) La Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence et juge aujourd'hui conformément au principe que nous avions posé dès 1841, et qui est également conforme à la nature du compte courant et à l'usage général du commerce. (V. arrêts de cass., 15 mai 1850; 10 mars 1852.)

(3) On sait que par *marchandises* il faut entendre toutes espèces de valeurs, excepté les valeurs immobilières.

commissionnaire, entre la chose et le prix. Il n'y a donc pas à s'étonner si le privilége ou droit de rétention sur la marchandise s'étend sur le *produit* de cette marchandise. Rien de plus naturel ni de mieux entendu. Car le législateur ne protégeant le crédit qu'en vue de l'enhardir et de le stimuler, il serait inconséquent que le commissionnaire perdît ses sûretés précisément pour avoir exécuté le mandat qui a donné lieu aux avances qu'il a faites (V. notre t. 3, n° 234). S'il en était ainsi, les commissions resteraient bien souvent inexécutées, ou les avances dégénéreraient en des prêts sur gage. Or, dans cette hypothèse, le gage sera nul si la marchandise expédiée au commissionnaire postérieurement à l'époque où il a fait les avances lui arrive depuis la faillite du commettant, ou dans les dix jours antérieurs (art. 446) ; et, avec un tel risque, qui en voudrait faire? C'est ce que le *Répertoire* n'a pas compris.

Les art. 93 et 94 ne constituent qu'une même disposition. Conçus dans la même pensée, ils sauvegardent le même intérêt, l'un *avant*, l'autre *après* l'exécution du mandat. Vouloir les séparer, c'est vouloir bouleverser toute l'économie de la loi. Car le droit que chacun d'eux confère au commissionnaire est de même nature, ou, plus exactement, est un et le même ; vérité proclamée par la Cour de cassation, lorsque, dans son arrêt du 8 juin 1829 (1), elle pose en principe que l'art. 94 est *une conséquence de l'art.* 93 ; ce qui revient à dire que les deux dispositions n'en font qu'une, puisqu'une conséquence est nécessairement incluse dans son antécédent. Si donc (et on en a vu la preuve dans le dernier numéro) le droit du commissionnaire qui a fait des avances, et n'a pas encore rempli la commission, est celui de retenir la marchandise *non livrée*, le droit exclusif de prendre son remboursement sur le produit de la marchandise *livrée*, que peut-il être, si ce n'est la rétention étendue sur ce produit? Extension nécessaire pour que les deux dispositions aient un sens, et produisent leur effet. Ce n'est pas sur les marchandises

(1) Affaire Bonnaric contre Morel (V. le n° suiv.).

en nature que le commissionnaire se rembourse, mais sur leur *valeur*, ce qui suppose *à priori* qu'il en fera la vente.

La Cour suprême avait donc une idée profondément intuitive de la loi et de la raison de la loi, lorsqu'elle a proclamé l'unité et l'indivisibilité des art. 93 et 94. Le premier de ces textes garantit au commissionnaire que les marchandises ne pourront être distraites de sa possession (1), afin qu'il puisse se rembourser sur la *valeur* de ces mêmes marchandises ; c'est le droit de retenir la chose. Le second texte l'autorise à se rembourser par ses propres mains sur cette valeur convertie par la vente en un produit certain et déterminé; c'est la continuation du même droit qui, par l'effet de la *saisie naturelle*, la loi ne l'eût-elle pas dit, s'étendrait spontanément, comme au temps de Valin, de la marchandise sur le produit.

Résumons : Le commissionnaire *retient la chose pour la vendre*, art. 93, et *le prix pour se payer*, art. 94 (2) : *Et hæc est sententia legis.*

(1) « Nigun comisionista pueda ser desposeido de los efectos que « recibiò en consiñacion, sin que previamente se le reembolse de « sus anticipaciones (*avances*), gastos (*frais*) y derecho de comision » (art. 169 C. espag.).

Dire que le commissionnaire ne peut être dépossédé des effets consignés, c'est, croyons-nous, dire assez clairement qu'il a le droit de retenir ces effets.

(2) Les deux rétentions n'en font qu'une qui se traduit elle-même en une compensation : *Compensatio et retentio à pari procedunt, quinimò ista dicitur compensatio indirecta* (Casareg., Disc. 32, n° 25).

Aussi les jurisconsultes romains se servaient-ils fort souvent du mot compensation pour signifier rétention (*pro mutuâ retentione*, dit Doneau, *De jure civ.*, lib. 18, cap. 17, § 9). C'est en ce sens que Valin l'emploie, *loc. cit.* (V. *sup.*, n° 209).

L'expression est très-juste ; car la rétention implique toujours une compensation toute faite, ou facile à faire, ce qui est du même effet (V. Pothier, *Oblig.*, n° 592); et quelle liquidation plus facile, quelle estimation plus sûre, quoi de plus expéditif, que de vendre au prix courant? Or, le commettant et le commissionnaire sont réciproquement débiteurs et créanciers du prix et des avances. Lors donc que le commettant retient les avances, et le commissionnaire le prix, qu'est-ce autre chose que la compensation dont il est parlé dans Valin ? Que veulent autre chose les art. 93 et 94? Dans le droit comme en philosophie, *on ne doit pas multiplier les êtres sans nécessité.* Eh bien! nous avons dit et nous disons qu'il faut préférer la

210. — C'est encore ce que n'a pas compris le *Répertoire méthodique*, et de là cette doctrine que nous transcrivons par extrait, mais textuellement :

« On a prétendu que ce privilége était un droit de « rétention, qu'il était improprement appelé privilége, et « l'on s'est étayé de ce que Valin avait dit qu'il n'y avait « pas de doute que le commissionnaire *pouvait*, pour son « remboursement, retenir par ses mains, avec privilége « exclusif à tous autres créanciers, toutes les sommes qu'il « avait avancées (*Traité de la Commission*, n°s 389 et « suiv.). Il est certain que le commissionnaire a tout à la « fois un droit de rétention sur la chose qui est entre ses « mains, et un droit de privilége sur le produit de la vente. « Le privilége est le droit d'être préféré à tous autres sur « le prix d'une chose vendue. Le droit de rétention, au « contraire, ne s'exerce et ne peut s'exercer que sur la « chose elle-même. Nous adoptons donc le langage du « législateur, parce que nous ne voyons pas qu'il y ait « utilité de s'en départir. Du reste, puisque le commis- « sionnaire a le droit de se faire payer de ses avances, « intérêts et frais sur le prix de la chose vendue par lui « pour le compte de son commettant, et qu'il a ce droit à

rétention ou compensation voulue par le législateur au mot *privilége* qu'il a écrit, et qui rend mal sa pensée : « Ce qu'on doit chercher dans une loi, et suivre quand on l'a trouvée, ce n'est pas ce « que ses paroles expriment littéralement, mais l'esprit, l'intention « et le but qui les lui ont inspirées. » *Non quibus verbis quid dictum aut scriptum sit, sed quâ mente, quâ sententiâ et consilio, quærendum, et cognitum sequendum est* (Donell., *De jure civ.*, tit. 6, lib. 26, cap. 2, § 6).

Rien de parfait ne sort de la main de l'homme. La formule des lois n'est donc pas toujours d'une exactitude rigoureuse. Le Code Napoléon, art. 4, nous en avertit lui-même. Par exemple, dans les art. 1659 et 1673 de ce Code, il est parlé de la vente à pacte de *rachat*. Cependant, dit fort bien M. Duranton (t. 19, n° 157), l'acheteur ne fait pas une revente, ni le vendeur un rachat. (Tout se borne à la résolution de la ven e. Point donc de mutation de propriété, ni conséquemment de *privilége* de vendeur pour le prix payé ni pour les frais et loyaux coûts. Mais, continue le même jurisconsulte, l'acheteur a le *droit de rétention*, et ce droit « a effet contre les « créanciers du vendeur, quels qu'ils soient, comme vis-à vis du « vendeur lui-même, parce que ses créanciers n'ont pas plus de « droits que lui. »

« l'encontre des autres créanciers, on peut dire, en res-
« tant dans les termes rigoureux du langage juridique,
« qu'il a un véritable droit de privilége... » (V. M. Troplong, *Nantiss.*, n° 44 et suiv. *Rép.*, n° 149.)

« L'art. 93 décide que le droit du commissionnaire est « un privilége. Le privilége de cet article ne peut s'éten-« dre au delà ; car les priviléges sont de droit étroit « (n° 143). »

Au reste, « le privilége du commissionnaire n'est pas « limité au cas où il s'agit d'une commission de vendre. « Il est accordé en cas de commission pour assurer, ou « pour tout autre mandat commercial (n°s 178, 203, « 267). »

Tout cela est littéralement transcrit. En vain y avons-nous cherché, de plusieurs manières, un syllogisme, un raisonnement, une argumentation quelconque à combattre. Notre seul moyen possible de réfutation, c'est de tirer hors ligne quelques-unes des contradictions dont cette phraséologie est tissue.

Qu'on nous permette toutefois une observation préalable ;

Selon le *Répertoire méthodique*, il serait décidé par l'art. 93 que le droit du commissionnaire est un privilége. *Décidé* n'est pas le mot. L'art. 93 énonce, il est vrai, le mot privilége. Mais une simple énonciation ne décide rien. Au contraire, trois autres dispositions décident formellement que le droit qualifié de privilége dans l'art. 93 n'est, en réalité, que le droit de rétention : ce sont les art. 546, 547 et 548.

« Les créanciers du failli qui seront valablement nan-« tis d'un gage (1) (porte l'art. 546), ne seront inscrits

(1) Il n'est pas besoin d'avertir que le mot *gage* ne s'entend pas ici dans le sens strict de l'art. 2074 du Code civil, mais *lato sensu*, de tous les objets que le créancier détenait avant le jugement déclaratif, et dont il est encore saisi. C'est ce qui est très-bien expliqué par M. Renouard, t. 2, p. 29. Le savant auteur ajoute : « Le gage, « ainsi entendu, confère au possesseur le droit de rétention, que « l'on peut théoriquement distinguer du privilége, mais qui donne « les mêmes garanties pratiques. »

Nous examinons plus loin cette dernière proposition.

« dans la masse que pour mémoire ; » c'est-à-dire, seront provisoirement considérés comme en dehors de la masse (1) ;

Ils n'y entreront pas si les syndics retirent le gage, art. 547 ;

Que si l'un d'eux y entre, ce sera toujours comme créancier ordinaire, toujours après qu'il aura vendu, et toujours dans le seul cas où le prix de la vente sera moindre que sa créance, art. 548.

Isoler de la masse le commissionnaire nanti, et ne lui permettre d'y venir, s'il y a lieu, que quand il aura vendu, qu'est ce autre chose que proclamer la rétention, et même exprimer ce droit avec plus d'énergie que si on l'eût écrit : *Plus declarant facta quàm verba?*

Mais ces considérations touchent peu le *Répertoire méthodique*. Pour lui le droit de l'art. 93 n'en est pas moins *le privilége*, rien que le privilége. Or, *les priviléges sont de droit étroit ;* le privilége du commissionnaire *ne peut* donc *pas s'étendre au delà* de l'art. 93.

Si la majeure était vraie, la conclusion serait juste.

Mais le *Répertoire méthodique* en tire encore une autre conclusion : Le privilége du commissionnaire *ne se limite pas à la commission de vendre ; il s'étend indistinctement à toutes les commissions.* Singulière limitation qui, ne limitant rien, n'exclut rien !

Sera bien habile qui pourra mettre d'accord les deux propositions que voici :

(1) Disposition conforme à la coutume commerciale de Florence, consacrée par les statuts de 1415 et 1713. D'après ce dernier statut qui, en ce point, n'a fait que confirmer l'autre, le créancier qui aura reçu pour sa sûreté quelqu'une de ces choses (de celles énumérées dans ce statut), *che avera ricevuto per sua sicurtà qualunque di tali cose ;* ou pour sûreté de deniers dont il a fait l'avance, *o per denari di chi l'avesse servito*, a la rétention afin d'être payé, *ha la retenzione finchè venga pagato ;* n'est pas tenu de venir à contribution, *non sia tenuto a contribuire ;* et ne doit, en aucune manière, être mêlé avec les autres créanciers, *o in alcun modo mescolarsi cogli altri creditori* (Fierli, cap. 15, p. 150).

Même disposition dans le Code de commerce portugais, art. 527. Tel est aujourd'hui même le droit dans toute l'Italie, en Angleterre, aux États-Unis, et, nous le croyons bien, par toute la terre commerçante.

Ce n'est pas la rétention que l'art. 93 accorde au commissionnaire qui a fait des avances, *c'est un privilége.*

Le commissionnaire a tout à la fois un droit de rétention *sur la chose et un droit de* privilége *sur le produit.*

Nous adoptons donc le langage du législateur, le mot *privilége* (quant à la rétention, elle deviendra ce qu'elle pourra).

D'où vient que le *Répertoire méthodique* ne s'aperçoit pas qu'il affirme le droit de rétention en même temps qu'il le nie? C'est que, suivant lui, l'art. 93 prévoit un cas différent du cas prévu par l'art. 94. *Le droit de rétention*, nous dit-il, *ne s'exerce et ne peut s'exercer que sur la chose elle-même* (ce serait l'espèce de l'art. 93); *l'autre droit* (le privilége) *donne préférence sur le prix de la chose vendue* (et ce serait l'espèce de l'art. 94).

Si le *Répertoire* se fût demandé comment et à quelle fin le droit de rétention existe et s'exerce, il aurait vu d'abord que ce droit est assis, non, comme il le dit, *sur la chose elle-même*, mais sur la *valeur* de cette chose; que le commissionnaire ne la retient donc que pour la vendre, et pour en retenir le prix quand il l'aura vendue. En d'autres termes, le *Répertoire* aurait vu que l'art. 93 est indissolublement lié à l'art. 94 comme un principe l'est à sa conséquence. Mais il ne s'en est pas douté, et sa complète inintelligence de la double loi qu'il commente l'entraînait fatalement dans une foule de contradictions auxquelles nous ne voulons pas nous arrêter, parce qu'elles ne sont que des suites naturelles des deux contradictions capitales précédemment signalées.

Il ne s'agit plus que de voir si notre distinction entre la rétention et le privilége est aussi inutile qu'elle le semble au *Répertoire méthodique*.

A coup sûr ne manque-t-elle pas d'utilité quand le commissionnaire de l'art. 92 et son délégué, son sous-commissionnaire, ont fait des avances, chacun de son côté (V. *suprà*, n° 209), ce qui arrive chaque jour, surtout dans le grand commerce. Si leur droit respectif était le privilége, leurs deux priviléges provenant de la même

cause, il y aurait entre eux payement par concurrence, au mépris de l'un des principes les plus certains du droit: *Debet veritas fortior esse fictione.* Jusqu'à présent, c'est une anomalie sans exemple.

Mais venons aux généralités.

Tous les priviléges ont cela de commun avec la fiction qu'on ne peut pas les étendre d'un cas à un autre, ni en ajouter aucun, par des conventions, à ceux que la loi a établis: *Privilegia sunt legis, non hominis.* Ce sont là deux principes incontestés. Si donc le privilége de l'art. 93 en était un dans le sens propre du mot, ce privilége serait privatif au commissionnaire chargé de vendre, puisque la loi ne l'accorde qu'à lui d'une manière expresse; c'est le cas de la règle *Inclusio unius est exclusio alterius;* et, lorsqu'on pose un principe, il faut en accepter les conséquences. Le privilége de conclure au rebours d'un principe qu'on a posé n'appartient qu'au *Répertoire méthodique*, lequel en use largement lorsqu'il dit, n° 143, en parlant de l'art. 93, que *les priviléges sont de droit étroit;* et, n°s 178, 203, 267, que *le privilége du commissionnaire n'est pas limité au cas où il s'agit d'une commission de vendre;* qu'il est accordé à tous les mandataires commerciaux quelconques. C'est comme s'il eût dit: le privilége est accordé à tous les commissionnaires; donc l'art. 93 est *limitatif.* La conclusion s'écarte grandement des prémisses; et pourtant, le raisonnement sera juste si l'on y change un mot; il suffit de dire: donc l'art. 93 est *démonstratif.*

Mais aussi, tout est dans ce seul mot;

Car l'art. 93 n'est-il que démonstratif, il embrasse dans sa généralité le commissionnaire pour acheter, le commissionnaire pour assurer, le commissionnaire pour prendre, tirer, accepter, négocier, recouvrer des lettres de change, et autres mandataires commerciaux, tous agents nécessaires au crédit et à la circulation commerciale; et c'est le cas de la règle: *Ubi eadem ratio, ibi et idem jus.* Nul d'entre eux ne voudrait faire des avances, ou se constituer en frais, sans un droit particulier sur les choses ou valeurs qui sont entre ses mains.

L'art. 93 est-il *limitatif*, *le privilége de cet article ne peut s'étendre au delà* (n° 143) du commissionnaire vendeur; le commerce devient impossible, et, certes, telle ne pouvait être l'intention de la loi.

Or, si le privilége dont il s'agit n'est pas un privilége *dans les termes rigoureux du langage juridique*, et l'on n'en peut douter, quelle autre chose peut-il être que cette compensation ou rétention dont il est parlé dans Valin, laquelle profite, sans distinction, à tous les commissionnaires, et s'étend, comme il le dit, *à tous les cas où le négociant se trouve nanti*, *soit avant*, *soit après ses avances?*

Il n'est donc pas inutile, quoi qu'en dise le *Répertoire méthodique*, de savoir au juste si le droit du commissionnaire est la rétention ou le privilége.

Une espèce empruntée à la jurisprudence rendra sensible l'indispensabilité de la distinction dont le *Répertoire* n'a pas vu la nécessité, ni même entrevu l'utilité.

La maison Laffite (de Paris) avait ouvert un crédit à Duval (de Dieppe), avec convention qu'elle serait couverte par des remises de connaissements que l'on pourrait échanger afin de faciliter les opérations. En mars 1838, elle fit une avance de 40,000 fr. sur la remise d'un connaissement de barriques d'eau-de-vie expédiées par le navire *l'Alexandre*. A la fin du même mois, la veuve Sarran (de Cette) vendit et expédia au même Duval un certain nombre de pièces trois-six par le navire *l'Aglaé*, destination, le Havre. L'acheteur en remit le connaissement à la maison de Paris, et, quelques jours après, ce connaissement est échangé contre celui de l'*Alexandre*. Le navire *l'Aglaé* n'était pas encore arrivé, lorsque survint la faillite de Duval.

Saisie-revendication des trois-six par la veuve Sarran;

Opposition par la maison Laffite.

Quid juris?

Si, comme l'avait jugé le tribunal de commerce du Havre par application de la règle *Non res nomini sed nomen rei subjicitur*, vous ne voyez dans l'art. 93 que le droit de rétention, lequel a pour but de faciliter l'obten-

tion d'avances en sauvegardant le crédit (1), le remboursement de la maison Laffite est assuré.

Qu'importe, en effet, dans cette hypothèse, la substitution d'un connaissement à un connaissement, d'une marchandise à une autre? Pour donner lieu au droit de rétention, deux seules conditions sont requises, mais suffisent : la détention de la chose et une créance, juste cause de la détention (t. 3, n° 228 et suiv.). Or, ces deux conditions se vérifient dans l'espèce. D'un autre côté, la rétention étant exclusive, il s'ensuit préférence sur tous autres créanciers : *Nullus est casus, et nulla dispositio quæ retentionis exclusionem percutiat* (Casareg., Disc. 32, n° 22).

Au contraire, suivez-vous l'arrêt de la Cour de Rouen du 29 novembre 1838, qui, réformant, à tort, suivant nous, le jugement du Havre, n'a vu qu'un privilége dans le droit de l'art. 93, alors l'échange du connaissement de l'*Alexandre* contre le connaissement de l'*Aglaé* a détruit le privilége qui existait d'abord en faveur de la maison Laffite. En effet, les conditions du privilége sont tout autres que celles de la rétention. Comme le privilége est fondé sur la cause de la créance, et que celle-ci est inséparable de sa cause (V. *suprà*, n° 209), la créance disparaissant, le privilége disparaît avec elle, et ne saurait revivre : *extincta privilegia reviviscere non possunt.*

Ainsi, recouvrer 40,000 fr. d'avances, ou n'en recevoir peut-être que 8 à 10 p. 100, telle était, dans l'espèce, au point de vue des intérêts privés, l'importance de la question de savoir quelle est la nature du droit introduit par l'art. 93.

Au point de vue général, faciliter ou entraver le crédit, telle est, en dernier résultat, l'importance de notre distinc-

(1) « Ce privilége, introduit en faveur du commerce, a pour but « de donner au commettant un moyen facile d'obtenir des fonds du « commissionnaire consignataire, en offrant à celui-ci des sûretés « sur les marchandises dont il se trouve nanti et qu'il est chargé « de vendre..... Ce privilége est général et s'applique, sans dis- « tinction, à toutes espèces d'avances faites pour les marchandises « consignées ou pour toute autre cause sous la garantie de ces « mêmes marchandises. » (Rej. C. de cassat., 22 juillet 1817, synd. Hortel contre Bernioles.)

tion entre la rétention et le privilége. C'est pour le commerce une question de vie ou de mort.

Actuellement, nous pouvons le demander au lecteur impartial, nôtre seul juge compétent, avions-nous donc mérité les étranges imputations que le *Répertoire méthodique* nous adresse en ces termes dans son *Traité* (1) du commissionnaire (p. 33, n° 143)?

« MM. Delamarre et Le Poitvin soutiennent qu'il n'y a, « dans le droit que l'usage a reconnu au profit du commis- « sionnaire, ni privilége, ni gage, mais bien un droit de « rétention établi par la loi naturelle, et ces jurisconsultes « rejettent ainsi toutes les règles écrites. Ce système « tient à une théorie que nous ne partageons pas, d'après « laquelle le Code civil ne s'applique jamais aux matières « commerciales, qui sont réglées par l'usage d'abord, et « par le Code de commerce ensuite. »

Nous avons, il est vrai, distingué dans le Code Napoléon ses dispositions purement civiles de celles qui sont conformes à l'équité naturelle, et conséquemment à l'intérêt du commerce; et nous n'avons fait en cela que suivre la doctrine de la Cour suprême dans son arrêt du 20 juin 1825 (V. t. 4, n° 7.) Nous avons aussi distingué le privilége, le gage (2) et la rétention. Mais, tout en faisant voir que celle-ci repose plus sur l'équité que sur la convention, moins sur le droit qui est écrit que sur le droit naturel, dans quelle partie de notre Traité avons-nous *rejeté toutes les règles écrites?* Où avons-nous enseigné que *le Code civil ne s'applique jamais aux matières commerciales?* En quel endroit avons-nous dit que ces matières *sont réglées par l'usage*, et ne le sont qu'en sous-ordre et à défaut par le Code de commerce?

Nous défions de montrer une seule page où nous ayons émis une seule de ces propositions insensées. Loin de là, nous avons posé en principes et longuement développé les

(1) C'est ainsi que le *Répertoire* qualifie tous ses articles.

(2) Le gage n'est pas plus le privilége que le privilége n'est le gage, ni la rétention, le gage ou le privilége. Chaque chose est ce qu'elle est (V. notre t. 3, n°s 229, 230; et Domat, *Gages et hypoth.*, sect. 5).

propositions inverses (V. t. 1, nᵒˢ 261, 262, 274, 275; t. 4, nº 14.)

211. — Le *Répertoire* nous renvoie ensuite à M. Troplong, qui, en effet, présente la même doctrine, mais l'appuie d'arguments bien différents.

« L'art. 93, dit M. Troplong, se sert du mot privilége « et non du mot rétention, pour caractériser le droit qu'il « accorde au commissionnaire. Cette expression n'est pas « impropre, quoi qu'en disent MM. Delamarre et Le Poit- « vin. Elle est l'expression vraie, légitime, universelle- « ment consacrée » (*Nantiss.*, nº 454).

Ensuite il s'efforce d'établir la proposition suivante :

Le droit de rétention n'est qu'une exception personnelle. Livré à lui-même, destitué de cette affectation spéciale qui saisit la chose, il n'est qu'une exception bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi (*ibid.*, nᵒˢ 455, 447).

Cette doctrine, dont il est le promoteur, M. Troplong, qui l'avait enseignée il y a vingt-cinq ans (*Priv. et Hyp.*), lui a, quatorze ans plus tard, donné des développements fort étendus et nouveaux, dans son commentaire du titre 17, livre 3 du Code Napoléon.

Pour la justifier, l'érudit commentateur se fonde sur la loi unique au Code, liv. 8, tit. 27 : *Etiàm ob chirographariam*, qui, suivant lui, accorde la rétention au créancier gagiste contre le débiteur, dans un cas où elle lui refuse ce droit à l'encontre des tiers (*ibid.*, nᵒˢ 443, 456).

Il invoque, en outre, l'autorité de Casaregis (*ibid.*, nᵒˢ 447, 445).

Enfin, après avoir cité divers textes du droit romain et des lois françaises où la rétention n'apparaît que de créancier à débiteur, il en conclut qu'elle est une exception opposable au débiteur personnellement, rien de plus (*ibid.*, nº 456).

C'est dans ce cadre qu'est renfermée la justification de cette théorie.

Nous nous bornerons à faire voir que la base qu'on lui prête manque de solidité, et qu'on ne touche point à l'argument formulé dans notre tome 3, nº 231.

Commençons par la constitution de Gordien, la loi *Etiàm*.

Pour comprendre cette loi, il faut nécessairement se rappeler que, dans le droit romain, à la différence du droit français, les meubles sont, comme les immeubles, susceptibles de l'*hypotheca* (1); et que le créancier hypothécaire postérieur, *secundus creditor*, qui paye au créancier antérieur, *primo creditori*, la dette due *sub pignore* (hypothéquée), prend de plein droit la place de celui-ci, *in*

(1) Ou *pignus*. Entre ces deux expressions, la différence est purement vocale : Inter pignus et hypothecam, *tantùm nominis sonus differt*, L. 5, § 1, D., *De pignor. et hypoth.*; *quantùm ad actionem hypothecariam*; *Inst.*, L. 4, § 7. Aussi se servait-on de l'une et de l'autre pour signifier *hypothèque*, mais le plus ordinairement de *pignus* par rapport aux meubles. Certains jurisconsultes pensaient même que *pignus* est proprement applicable à cette espèce de biens (L. 238, D., *De verb. signif.*).

Il y avait, en effet, bien des différences. Pour n'en citer qu'une seule, l'action de gage était imprescriptible, et l'action hypothécaire se prescrivait.

Il ne faut donc pas confondre le *pignus*-hypothèque du droit romain avec le gage ou nantissement du Code civil. V. M. Troplong, *Nantiss.*, nos 40-49, et M. Bonjean, *Traité des actions..... chez les Romains*, t. 1, notamment p. 178.

On connaissait à Rome des hypothèques tacites. Mais de gage ou nantissement tacite! on n'y avait même aucun mot, aucune locution, pour exprimer cette anomalie impossible.

C'est, en effet, l'absolue impossibilité de contracter le gage tacitement qui fit inventer l'hypothèque mobilière tacite.

On doit donc se traduire ainsi la rubrique du tit. 2, liv. 20 du Digeste, *In quibus causis pignus, vel hypotheca tacitè contrahitur* : « En « quelles circonstances l'hypothèque est tacitement contractée sur « les meubles, ou sur les immeubles ; »

Et non pas de cette manière : « En quelles circonstances se con- « tracte l'hypothèque tacite, ou le *gage* tacite.

Cette version est un contre-sens, et le Code civil a mille fois raison de n'avoir point parlé de *gage tacite*. Il n'en saurait exister puisque le gage est un de ces contrats *qui re perficiuntur* (L. 1, D., liv. 14, tit. 7).

Mais quelquefois le Code civil appelle *privilége* ce qui, au fond des choses, n'est que la rétention, ou qui, en réalité, est la tacite hypothèque.

Par exemple, le droit du gagiste et celui de l'aubergiste, qualifiés de privilége (art. 2102 C. Nap.), ne sont ni le privilége, ni l'*hypothèque tacite*, mais le droit de rétention, puisqu'ils se perdent avec la détention.

Le droit du propriétaire, également qualifié de privilége (même art. 2102), est une *hypothèque tacite*, donnant un droit de suite pen-

locum ejus succedit, même malgré le créancier, et malgré le débiteur.

Cela dit, voici l'espèce de la loi romaine :

Titius me prête une première somme *sub pignore* : puis une seconde somme *sine pignore*. Je lui paye la première dette, *pecuniam hypothecariam* : puis-je exiger qu'il me rende ma chose? Non, décide le rescrit ; le créancier peut la retenir jusqu'à payement de la dette chirographaire, *pecuniæ chirographariæ*. A quel titre? *Per exceptionem doli mali*, parce que c'est, de la part du débiteur, une méchante action, *improbè facit*, que de vouloir retirer cette chose avant de faire honneur à sa signature.

Mais *finge* un second créancier hypothécaire payant la dette hypothécaire au premier créancier. Le créancier payé, aura-t-il la rétention contre lui? Nullement : *quod in secundo creditore locum non habet*, porte la loi. La raison qu'elle en donne est celle-ci : le second créancier prenant la place du premier, il n'est pas tenu de payer la dette chirographaire (1) : *Nec enim necessitas ei imponitur chirographum etiam debitum priori creditori offerre.* En effet, le premier créancier une fois payé de sa créance hypothécaire, il ne lui reste plus qu'une créance chirographaire. Le créancier qui l'a payé a donc contre lui l'action hypothécaire, la *pignoris vindicatio*.

Il en est ainsi de tout créancier chirographaire qui paye la dette sous convention que la même chose déjà obligée hypothécairement lui demeure obligée de la même manière : *Ut idem pignus ei obligetur.*

Telle est, d'après son texte et la leçon de Cujas (2), la loi *Etiam* invoquée par M. Troplong.

Cette loi établit-elle, comme le savant auteur l'a pensé,

dant un nombre de jours déterminé. C'est une exception à l'art. 2119.

Il en est de même du droit accordé, sous le nom de *préférence*, au capitaine pour son frêt, art. 307 du Code de commerce.

Non res nomini, sed nomen rei subjicitur.

On a vu, *suprà*, n° 210 (aff. Laffitte), de quelle conséquence est cette règle.

(1) Qui ne lui est pas personnelle.

(2) Cuj., C., L. 8, t. 27. Parat; — L. 8, t. 27. Don., *De pig. et hyp.*, cap. 6, § 14.

n° 448, 465, que la rétention opposable au débiteur de mauvaise foi, ne l'est pas aux créanciers *bonæ fidei*? Elle ne prouve qu'une chose : c'est que tout créancier hypothécaire a le droit de suivre la chose hypothéquée aux mains de tout créancier chirographaire, parce que l'hypothèque s'y attache et la suit partout, *tanquàm lepra leprosum*, suivant l'énergique expression de l'oracle du droit commercial (Disc. 179, n° 52).

Mais, dans notre législation, « les meubles n'ont pas de « suite par hypothèque » (art. 2119 C. Nap.).

La loi *Etiàm* est donc hors de cause.

D'ailleurs, de ce que, dans l'espèce de cette loi, la rétention était une exception *doli mali*, peut-on en conclure qu'elle fût exclusivement opposable au débiteur? Ce serait se faire une très-fausse idée d'une exception dont la généralité était le caractère : *Si in eâ re nihil dolo malo* actoris *factum est* (1). Or, il peut tout aussi bien y avoir dol de la part du demandeur que de la part du défendeur ; de la part du créancier que de la part du débiteur ; et, dès lors, l'exception est indistinctement opposable à celui des deux qui use de mauvaise foi : *Qui nunc petendo* (vel excipiendo) *facit dolosè*. Les textes abondent pour le prouver.

Nous en rappellerons deux où il s'agit spécialement de la rétention.

Le premier de ces textes est la loi 1, D., *De pign. et hypoth.* Un débiteur a donné hypothèque sur une chose qui ne lui appartenait pas et qui ne lui était pas due : *In speciem rei alienæ collatâ conventione, si non fuit ei qui pignus dabat, debita.* Il en acquiert ensuite la propriété : *Posteà debitori dominio quæsito.* Le créancier a-t-il hypothèque?

Papinien distingue. Le créancier ne savait-il pas que la chose n'appartenait point au débiteur, on lui accorde l'action *utile* hypothécaire (2). Le savait-il, on la lui

(1) L. 2, § 1, D., *De dol. mal. excep.*

(2) Il n'avait pas l'action directe, parce que la chose n'était pas *in bonis* du débiteur au moment où elle avait été hypothéquée..... *Ordinariam quidem actionem super pignore non competere, sed tamen*

refuse : *Difficiliùs creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur.* Mais, s'il possède la chose, il la retiendra : *Sed facilior erit possidenti* retentio.

Or, cette rétention, il l'oppose à toute action quelconque du débiteur, même à la revendication : *Æquitate defensionis infringere actionem potest* ; il se couvre par l'exception de dol : *Doli exceptione tutus est* (L. 12, D., *De dol. mal. excep.*).

Mais, si la revendication du propriétaire lui-même, *etiàm domini*, vient échouer contre la rétention, par quelle action ses créanciers chirographaires vaincraient-ils cet obstacle? S'ils agissent *ex personâ domini*, ils deviennent ses ayants-cause (V. *suprà*, n° 77), et sont repoussés par l'*exclusio retentionis*, qui repousserait leur auteur. Agissent-ils de leur chef? La *rei vindicatio* ne leur compète pas. Ils n'ont qu'une action personnelle (V. *ibid.*, n° 76).

Le second texte à rappeler est la loi 15, § 2, D., *De furtis*, citée par le même auteur, *Priv. et Hypoth.*, t. 1er, n° 258 *bis*. En voici l'espèce (1).

Le commodant a soustrait la chose qu'il vous avait prêtée, *si eum rem subripiat*, porte la loi. Vous n'avez pas contre lui l'*actionem furti*. Il a brisé le lien qui vous astreignait à conserver et rendre. Vous êtes donc sans intérêt : *Nihil tuâ interest, utpote cùm nec commodati tenearis.* Mais si vous aviez la rétention pour impenses faites sur la chose empruntée, *si ob impensas retentionem ejus habueris*, le commodant, encore bien que propriétaire, est tenu envers vous par l'action de vol : *Etiàm cum* ipso domino *habebis furti actionem*. Pourquoi? Parce que, dans ce cas, la chose était entre vos mains comme y eût été un gage : *Quià eo casu, quasi pignoris loco ea res fuit.* Or,

æquitatem facere, ut facilè utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur (L. 5, C. L. 8, t. 16).

(1) Sed cum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit : quoniàm nihil tuâ interest : utpotè cùm nec commodati tenearis. Ergò si ob aliquas impensas quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris, etiàm cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem : quià eo casu pignoris loco ea res fuit (L. 15, § 2, D., *De furtis*).

la *pignoris vindicatio* compétait à quiconque avait l'action *furti* contre le voleur du gage.

Loin donc que la rétention fût destituée de tout caractère réel, comme M. Troplong persiste à le dire (*Nantiss.*, nos 443, 448, 455, 456), elle était éminemment empreinte d'un caractère de réalité, puisqu'il en naissait le droit de revendiquer la chose sur laquelle des impenses avaient été faites. Mais, si, dans les mains du commodataire, créancier pour impenses, cette chose était comme un gage, *quasi oppignerata*, à l'égard du commodant débiteur des mêmes impenses, comment aurait-elle cessé de l'être à l'égard des créanciers chirographaires de ce même débiteur? Nous l'avons donc dit avec raison, t. 3, n° 227 : La rétention est un mélange, en quelque sorte égal, d'un droit réel et d'un droit personnel; et rien ne le prouve mieux que la loi citée pour le nier.

Passons à Casaregis (1).

Le capitaine a-t-il le droit de retenir la marchandise pour le payement de son fret? C'est l'*argumentum* principal du *Discursus* 22.

Réponse affirmative : *Non est dubium, quin... permittebatur retentio earum pro quibus debitum contractum fuit.* Contre qui le capitaine usait-il de ce droit? Contre ceux-là mêmes dont les créances étaient hypothécaires et antérieures à la sienne : *Adversùs creditores anteriores.* Il pouvait d'autant mieux s'en prévaloir, que la marchandise lui était tacitement ou expressément hypothéquée : Præcipuè *quandò* (puisque) *merces hypothecatæ sunt tacitè aut expressè pro solutione ejus pro quo retinerentur, prout sunt merces pro vecturâ.* Or, quel est l'effet de cette hypothèque? Est-ce seulement de donner préférence au capitaine sur des créanciers étrangers à la chose, *adversùs creditores* exteriores, comme le dit M. Troplong, *loc. cit.* (2)? Non, mais de lui donner préférence sur les

(1) V. M. Troplong, *ibid.*, nos 447 et 455.

(2) Puisque M. Troplong a écrit *creditores* exteriores, et qu'il l'a écrit deux fois, nous devons croire qu'il a une mauvaise édition des œuvres de Casaregis. Le mot *exteriores* change tout le sens de ce que dit ce jurisconsulte, ou, plus exactement, il en fait un *non-sens*.

créanciers hypothécaires antérieurs : *Etiàm cum privilegio prælationis adversùs omnes alios creditores* anteriores (Disc, 22, n° 12). Car le capitaine avait un *jus* prælationis *ex causâ debiti*, c'est-à-dire, un privilége de premier ordre. Par suite, malgré la maxime *Qui prior tempore, potior jure*, il l'emportait sur tous les créanciers ayant hypothèque avant lui ; et, d'un autre côté, il avait le droit de retenir, *permittebatur ei retentio*, parce qu'il détenait avec juste cause.

Ainsi le décide Casaregis. Loin qu'on en puisse conclure que la rétention fût seulement opposable par le créancier à son débiteur de mauvaise foi, il s'ensuit clairement que, même dans l'espèce de plusieurs créanciers hypothécaires, le capitaine qui détenait, pouvait victorieusement leur opposer, à tous, son droit de rétention, et qu'il le pouvait surtout (*præcipuè*), et sans aucun doute (*non est dubium*), puisque, dans le cas même où il n'eût pas détenu, il aurait eu un *jus prælationis*.

Le jurisconsulte nous expose lui-même les motifs de sa décision.

En Italie, comme à Rome dans des temps plus reculés, les meubles et les immeubles pouvant être affectés par hypothèque, *cùm hypotheca afficiat, nedùm bona stabilia, sed etiàm ipsa mobilia*, le droit de gage conféré à un créancier, ou la détention d'un meuble déjà hypothéqué, n'avait pas plus la vertu d'effacer l'*hypotheca* ou *pignus* précédemment imprimé sur ce meuble, qu'une hypothèque inscrite aujourd'hui sur un bien immeuble ne pourrait nuire, en France, à une hypothèque inscrite la veille ; *Incapax et inepta ad delendam hypothecam anteriorem jam semel in bonis impressam, et cujuscumque creditoris posterioris exclusivam* (Disc. 120, n°s 12 et 42).

Mais, poursuit Casaregis, il n'en est pas ainsi entre des créanciers tous chirographaires : *Secùs verò si creditores omnes essent chirographarii*. Alors, au possesseur la préférence, *nec immeritò*. A quel titre, en effet, des créanciers de même condition auraient-ils pu lui ravir son droit ? La loi de Paul, ci-dessus transcrite, dont M. Troplong argumente pour le lui contester, décidait *in terminis* la ques-

tion en sa faveur : entre ses mains la chose était une sorte de gage : *Quasi pignoris loco ea res fuit.*

Or, à toutes les époques, en Italie comme en France, les créanciers composant la masse étaient les créanciers tenus de venir par contribution : *I quali erano tenuti a contribuire*, c'est-à-dire, les chirographaires. Dans une masse, il n'y en a pas d'autres (V. *suprà*, n° 70). C'est en vue des créanciers de cette catégorie que Casaregis a dit dans son discours 32, n° 22 : « Il n'est point d'hypothèse, il n'est « aucun pacte, qui puisse porter atteinte à l'exception « tirée du droit de rétention ; » *nullus est casus, nulla dis-« positio, quæ retentionis exclusionem percutiat.*

Tel est aussi, quant au commissionnaire, le droit consacré par les art. 93 et 94 du Code de commerce, et mis en action par son art. 548.

Encore une fois, à la différence du droit romain dans lequel Casaregis raisonne, notre législation ne reconnaît ni hypothèque, ni droit de suite sur les meubles (art. 2119 C. Nap.) C'est une profonde disparité dont M. Troplong ne tient pas assez compte; et pourtant *hæc est summa rei.* Car il s'ensuit que chez nous, en fait de meubles, il ne peut pas exister « une sorte d'affectation qui fasse ar-« river au privilége le droit de retenir, et le rende assez « recommandable pour donner un droit de préférence » (*Ibid.*, n°s 443, 447). Cette *sorte d'affectation* serait un privilége occulte, d'une existence incertaine, non défini, extralégal, abandonné à l'arbitraire du juge, et non moins pernicieux que le droit de suite sagement proscrit parce qu'il porterait le trouble, non-seulement dans les transactions du commerce proprement dit, mais aussi dans les transactions du commerce de la vie civile. Quand on me remet un meuble pour sûreté de ma créance présente ou future, civile ou commerciale, il faut que ce meuble soit entre mes mains indubitablement libre de toute affectation au profit de tout autre. Sans cela, plus de sécurité, plus de confiance, plus de crédit.

La rétention opère, ou elle n'opère pas; nul milieu. Mais elle opère toujours s'il y a détention et juste cause de détenir. C'est parce qu'il détient, et qu'il détient de

cette manière, que le créancier gagiste se rembourse sur la valeur de la chose engagée. S'il ne détenait plus, quelque recommandable que fût sa créance, il serait simple créancier : *sarebbe mescolato cogli altri creditori;* et il en est de même du commissionnaire ou consignataire, dont pourtant la créance se recommande aux faveurs de la loi par des considérations d'un ordre supérieur (V. *infrà*, n° 212).

Que celui qui a conservé la chose, *qui rem salvam fecit*, ait un privilége alors même qu'il ne détient pas, *transeat*. Mais, ce qui vaut mieux, *s'il détient, il retient*, et son privilége vient se fondre dans la rétention. Ce privilége n'a d'utilité pour lui que si la chose est hors de sa possession (V. *suprà*, n° 208).

En vain le savant commentateur, dont nous ne partageons pas la doctrine, nous renvoie-t-il à divers textes du Code civil, qui parlent tous de la rétention sans jamais faire état des tiers; d'où il croit pouvoir conclure que ce droit n'est qu'une exception contre le débiteur *malæ fidei*. Les art. 1166 et 1167 ayant déterminé, *semel et in perpetuum*, les droits des créanciers, quel besoin d'en parler de nouveau? Il ne restait plus qu'à s'en taire. Or, ces deux lois sont les prémisses de l'argument posé t. 3, n° 231. Pourquoi n'y a-t-on pas répondu? Est-ce impuissance d'y répondre? Nous le croirions assez. Mais alors, que devient une thèse qu'on renonce à protéger contre un raisonnement qui, s'il est juste, la renverse?

Certains auteurs l'ont pourtant reproduite sur l'unique autorité de M. Troplong. Nous les laissons dire : *Corruente antesignano, corruunt etiàm omnes qui cum ejus auctoritate, et cæcâ et erroneâ fide processerunt* (Casareg., Disc. 120, n° 144).

212. — La seconde question qui résulte de l'art. 93 est celle de savoir *si, pour assurer au commissionnaire le droit de rétention, il faut que la marchandise lui ait été* directement *expédiée*.

Cette question, longtemps soutenue et jugée en sens divers, paraît ne plus faire difficulté (V. le *Journal du*

Palais, t. 1, de 1843, p. 367 *in notis*). Nous en dirons donc peu de chose ; mais nous devons en dire deux mots. La jurisprudence est sujette à tant de retours imprévus !

La solution négative est conforme au droit marchand, au texte de la loi et à l'intérêt du commerce, sur-arbitre né des controverses de droit commercial.

D'abord, pour qu'il existe avec effet, le droit de rétention n'exige que des avances et la détention d'une marchandise, garantie de ces mêmes avances.

D'un autre côté, en vertu du principe *ad possidentes res possessæ pertinere præsumuntur*, dont on a déjà vu de fréquentes applications (V. t. 3, n° 251 ; t. 5, n°s 11 et suiv.), il n'importe en rien que la consignation ait été faite par le propriétaire, ou par celui qui, détenant la chose, était *loco domini*. Le droit de rétention ou privilége n'en est pas moins assuré au commissionnaire. La détention est un titre suffisant pour aliéner la chose (art. 2279 C. Nap.) ; à plus forte raison l'est-elle pour l'engager : *In eo quod plùs sit semper inest et minùs*.

En voilà assez pour le droit.

Quant au texte du Code (art. 93), il accorde privilége au commissionnaire *sur les marchandises à lui expédiées* d'une autre place, mais il n'exige pas que l'expédition lui en soit faite du premier point de locomotion.

Il accorde privilége au commissionnaire qui a fait des avances *pour le compte d'un commettant*, mais il ne distingue pas si la marchandise est ou n'est pas celle du commettant (V. t. 3, n° 254), ni si le commissionnaire la tient de première main, de seconde, quatrième, dixième, etc... C'est de quoi il n'a pas à s'informer. Qui la lui consigne est nécessairement *un commettant*.

La loi ne fait donc point de l'expédition directe au commissionnaire la condition de son privilége ; elle exige seulement qu'il y ait expédition d'une place autre que celle qu'il habite, et personne n'ignore la raison de cette exigence.

D'ailleurs, à ce cas près, où il s'agit de prévenir une fraude, le plus souvent il y a connexité entre le payement du vendeur et le droit dont il s'agit ; car ordinairement le

prix de la vente est réglé en traites ou effets qui seront payés ou couverts au moyen des anticipations obtenues; et c'est ainsi que les avances du commissionnaire sont le nerf et le moyen de presque toutes les opérations du commerce, de toutes ses spéculations lointaines, de toutes ses grandes entreprises.

Le système contraire aurait des conséquences déplorables.

L'expéditeur ne pourrait remplacer par un autre commissionnaire le commissionnaire qu'il aura choisi d'abord, ni l'acheteur, ou le propriétaire non vendeur d'une marchandise *in transitu*, la consigner à celui qui lui inspire le plus de confiance; ou, ce qui revient au même, le commissionnaire remplaçant ou choisi ne ferait pas d'avances, parce que, n'étant pas le commissionnaire direct de la consignation, il ne jouirait pas du privilége de l'art. 93.

En outre, par l'effet de circonstances imprévues, la consignation directe pourra être impuissante à couvrir le crédit demandé. De Boston, vous consignez à Jacques, du Havre, un chargement d'huile de baleine, en tirant sur lui 100,000 fr. à vingt jours de la réception des connaissements. Mais, quand ils lui parviennent avec avis des traites, Jacques est en liquidation, retiré des affaires, ou bien il n'a ni les fonds ni le crédit qu'il faut pour fournir les avances demandées. En passant les connaissements à l'ordre de Pierre, son ancien associé, il aurait un moyen facile de payer vos traites, tout en lui ménageant une opération lucrative. Mais celui-ci la refuse par deux motifs : il ne vous connaît pas; puis, son agréé, auquel il a demandé avis, lui a dit qu'en pareille circonstance le privilége peut être contesté. Si d'autres commerçants partagent les mêmes craintes, voilà les traites protestées, malgré une couverture de plus de 200,000 fr., au hasard de jeter le désordre dans vos affaires, d'entraîner votre ruine. Cela est-il conforme à l'intérêt du commerce? Est-ce là favoriser le crédit? Une sous-consignation parait à tout. Les sous-consignations sont une nécessité commerciale.

C'est ce que le tribunal consulaire de Marseille a très-bien exprimé dans son jugement du 27 mai 1831 (Voyez notre t. 3, n° 244), dont nous reproduisons l'extrait suivant pour la commodité du lecteur :

« C'est par la possession du connaissement que le pri- « vilége est obtenu; cette distinction que l'expédition doit « être faite à la personne qui a fait les avances, *inusitée* « dans le commerce, en entraverait la marche et les opé- « rations; ce serait placer le propriétaire de la marchan- « dise dans une position cruelle; il ne pourrait recevoir « d'avances, d'après l'art. 93, et la marchandise étant en « route, il ne pourrait non plus user du bénéfice de l'ar- « ticle 95. »

La Cour de Douai n'a pas moins bien saisi l'esprit et la portée de l'art. 93, dans son arrêt du 2 avril 1828.

La maison Bonnaric, de Cette, expédie à Dunkerque, pour compte de Godefroy, de Lille, dix pipes trois-six facturées à 5,000 fr. Godefroy, à l'ordre de qui le connaissement était fait, l'endosse à la veuve Morel, en la chargeant de recevoir, de vendre et de lui faire une avance de 2,000 fr. Faillite de Godefroy. Le vendeur revendique ; le commissionnaire a-t-il privilége?

« Ce n'est pas, dit la Cour de Douai, l'expédition faite «directement au commissionnaire du point de départ ori- « ginaire, qui fonde le privilége que la loi lui accorde ; « mais l'envoi qui lui a été fait de marchandises d'une « place autre que celle qu'il habite. Le système contraire « aurait des conséquences funestes pour le commerce. » (2 avril 1828; Bonnaric contre Morel.)

La Cour de cassation, « attendu que l'art. 93 du Code « de commerce, *dont l'art. 94 n'est qu'une conséquence*, « exige deux conditions pour l'exercice du privilége qu'il « concède au commerçant, savoir : des avances sur les « marchandises confiées à sa commission, et l'expédition « à lui faite d'une autre place que celle où il réside... », dit qu'il a été fait une juste application de l'art. 93 du Code de commerce, et rejette le pourvoi. (Arrêt du 8 juin 1829.)

Il importe donc peu que la marchandise n'ait pas été



Paris. — Typ. Cosson et Comp., rue du Four-Saint-Germain, 43.

directement adressée au commissionnaire, et tout aussi peu par qui, de l'acheteur, du vendeur ou des sous-acheteurs, du propriétaire ou de son commissionnaire, la consignation lui en ait été faite.

Jusqu'ici, pour nous conformer au langage de la doctrine et des arrêts, nous avons parlé de consignations *directes* et de consignations *indirectes*. Au fait, le connaissement étant *loco mercis* par la fiction de la loi, art. 93 et 576 (V. le nº suiv. *in princ.*), le sous-commettant qui l'envoie au sous-commissionnaire fait une expédition tout aussi directe que l'est celle du commettant au consignataire.

213.— Troisième question résultant de l'art. 93.

Lorsque le connaissement est à ordre, le commissionnaire ou consignataire n'en est-il valablement saisi pour sûreté de ses dus, que si l'ordre lui en a été passé selon les formes prescrites par l'art. 137 pour l'endossement translatif de la lettre de change, et spécialement avec expression d'une valeur fournie?

Notre thèse est celle-ci :

De quelque manière que le connaissement soit conçu et qu'il ait été remis au commissionnaire, cette remise, précédée ou suivie d'une juste cause de détenir, lui confère le droit de rétention ou privilége de l'art. 93 à l'encontre de tous les créanciers du commettant failli, sans en excepter son vendeur non payé qui a fait saisir la marchandise *in transitu*.

Cette proposition est fondée :

1° Sur la nécessité commerciale qui a fait introduire une tradition artificielle (*constitutive delivery*) pour tous les cas où la tradition effective est actuellement impossible (V. *suprà*, nº 202, p. 430) ;

2° Sur la distinction qu'il faut faire, et que nous avons faite, *suprà*, nºs 204 et suiv., entre le connaissement, mode fictif de livrer, et le connaissement, instrument d'une convention de transporter et délivrer une marchandise à la destination convenue, et réciproquement d'en payer le fret convenu.

Considéré sous l'un des deux premiers rapports, ou envisagé sous l'autre, le connaissement est inapte à constituer un titre, une valeur *négociable*.

Il l'est, à coup sûr, comme mode de livraison. C'est une de ces vérités que leur simple énonciation démontre; *rapit assensum*. Un mode de livrer n'est évidemment pas susceptible d'être négocié, ou, ce qui signifie la même chose, d'être *vendu*. Car, lorsqu'il s'agit de titres et papiers commerçables, entre vente et négociation, *tantùm nominis sonus differt*.

Le motif de la fiction se justifie également de lui-même :

Le capitaine ne pouvant être libéré de son obligation de transporter et livrer que par la décharge du connaissement qu'il a souscrit, il est conséquent de réputer pour livré celui-là qui peut seul revêtir ce connaissement d'un reçu valable, et le seul qui le puisse est le porteur; qui veut la fin veut les moyens. Jamais fiction ne fut plus rationnelle.

Quant à sa légalité, en voici la preuve.

Jacques vend à Salomon 200 sacs de café qu'il a en mer, et lui en remet la facture et le connaissement signés par l'expéditeur. Salomon est-il appropié?

Nul doute, puisqu'il peut vendre et aliéner (art. 576).

Mais, dans le droit commercial, sans la tradition point d'appropriation. Comment la chose lui a-t-elle été livrée? Par la remise du connaissement (*suprà*, nos 207 et suiv.).

L'acheteur Salomon revend à Roboam sur la facture et le connaissement signés par Jacques. Roboam est-il approprié? Nul doute encore (576) ; il l'est *erga omnes*. Comment ce second acheteur a-t-il été livré? De la même manière que le premier : par la réception du connaissement. Il en serait ainsi de vingt acheteurs successifs de la marchandise en voyage, et c'est là ce qui constitue cette *vive circulation du commerce*, qui, au jugement de Valin, intéresse l'Etat au plus haut degré.

Donc, quant à la tradition de la chose en route, le connaissement tient lieu de la chose : *Loco mercis est.*

Mais, si le connaissement a cette vertu quand il s'agit de livrer pour transmettre la propriété, *à fortiori* en

est-il doué quand il s'agit de faire une consignation : *Cui plùs licet, minùs licere juris est.*

Par conséquent, aux yeux de la loi, la tradition réelle et la tradition fictive produisent le même effet relativement au consignataire ; la détention de la chose et la détention du connaissement sont identifiés ; la vérité et la fiction marchent de pair.

Il est donc certain que *là où est le connaissement qui doit être déchargé, là est la marchandise* (t. 3, n[os] 249, 238 ; t. 5, n° 41) ; que *livrer le connaissement, c'est livrer la chose;* et que, de quelque manière qu'il lui ait été transmis et livré, la détention de ce connaissement assure au commissionnaire le remboursement des avances qu'il a faites, ou qu'il pourra faire. C'est la conséquence directe de l'art. 93, en parfaite harmonie avec le troisième alinéa de l'art. 576.

En second lieu, comme instrument d'une convention maritime, le connaissement est régi par l'art. 281 qui est sa loi spéciale.

Cette disposition n'a qu'un objet, celui de régler les rapports du chargeur, du capitaine et du destinataire, c'est-à-dire, de faciliter la délivrance et la réception de la marchandise à destination, en facilitant le payement et la décharge du capitaine. C'est méconnaître et dépasser l'intention de la loi, que d'en induire qu'un connaissement, fait à ma personne dénommée, ne peut valablement, à l'égard des tiers, sortir de mes mains qu'à titre d'aliénation. Comment ! il me serait interdit de donner à une autre personne le pouvoir d'exiger pour mon compte la délivrance de ma marchandise, d'en payer le fret et de décharger le capitaine ! Or, quand j'écris sur le connaissement : *livrez à Paul*, que fais-je autre chose que donner à Paul le mandat d'agir pour moi, et qu'intimer au capitaine l'ordre de livrer à mon mandataire ?

Et, si je puis donner un mandat par une simple lettre ou même verbalement, pourquoi ne le pourrais-je pas au moyen d'un ordre écrit et signé sur le connaissement même, ce qui est plus commode, plus sûr, plus expéditif ?

Bien plus : quand je joins une facture non à ordre au

connaissement non à ordre, je transfère valablement la propriété de ma chose, si la tradition effective n'en peut être actuellement opérée. Il y a plus encore : dans la même impossibilité, la propriété est valablement transférée sans facture, si, dans l'endos du connaissement non à ordre, j'exprime la somme que j'ai reçue ou qui m'est due pour le prix des effets compris dans le connaissement. Cela est même vrai en droit civil, art. 1606 du Code Napoléon.

« Tel est l'usage du commerce, dit Valin, que la fac« ture et le connaissement sont réputés à ordre... Où en « serait-on, ajoute-t-il, s'il était permis d'attaquer ces « sortes de négociations, sous le prétexte que la tradi« tion des effets cédés ne serait pas réelle, ou que le « transport ne serait pas signifié avant toute saisie, en « voulant appliquer à des opérations de commerce des « maximes qui ne lui conviennent pas, et qui, par consé« quent, n'ont pas été introduites pour les régler? » (L. 2, tit. 10, art. 3, pag. 573, 574.)

Dans l'élaboration du projet de Code, lors de sa discussion dans le sein du Conseil d'état, ou de sa présentation au Corps législatif, a-t-il été dit quelque chose qui puisse donner à penser, qui autorise à soupçonner, qu'on ait voulu abolir l'usage immémorial attesté par Valin? Tous, au contraire, protestaient de leur respect et de leur admiration pour l'ordonnance de 1681, devenue la législation maritime de l'Europe. « La loi que nous vous présentons, « disait au Corps législatif M. Maret, conseiller d'État, « organe du gouvernement, *est, en quelque sorte, plutôt* « *une nouvelle rédaction de l'ordonnance de* 1681, *qu'une* « *loi nouvelle. Vous y reconnaîtrez l'esprit, et le plus* « *souvent les termes* de ce chef-d'œuvre de législation. » (Séance du 8 septembre 1807.)

« Le texte de l'ordonnance a dû changer, disait « M. Perrée (1); mais *son esprit* est resté le même... « La loi conserve l'ancienne forme du connaissement. Ce « contrat, si simple dans ses expressions, comprend des

(1) Au nom des sections de Législation et de l'Intérieur, sur les huit premiers titres du livre II du Code de commerce, séance du 18 septembre 1807.

« engagements communs et des intérêts opposés; il est la « lettre de change des mers...... »

Mais, si *l'esprit* du Code *est resté le même* que celui de l'ordonnance, en quel sens le connaissement est-il la *lettre de change des mers?* Evidemment dans le sens que dit Valin, à moins qu'on ne prétende que cet auteur célèbre a méconnu l'esprit de la loi qu'il commettait, et travesti la coutume nautique. En disant donc que le connaissement peut être *à ordre*, l'art. 281 n'a fait que continuer cette antique coutume d'après laquelle le connaissement était, de sa nature, *réputé à ordre.* Sans cela, M. le tribun Perrée n'eût pas dit : *La loi conserve l'ancienne forme du connaissement.* Il n'aurait pu le dire, puisque l'ordonnance ne contenait pas un seul mot du dernier alinéa de l'art. 281. Mais il a pu le dire, et il l'a dit avec vérité, parce que le seul but de la loi, dans cette disposition additionnelle, fût de consacrer l'ancien usage; de le constater par un grand acte de notoriété nationale; et c'est ainsi que le législateur vida le partage d'opinions qui divisait Valin et Émérigon, lequel, au grand étonnement des esprits les plus éclairés, enseignait que le connaissement, l'eût-on créé à ordre, ne pouvait être transmis par la voie de l'ordre.

Sortez de la doctrine de Valin, et vous ferez renaître tous les inconvénients attachés à l'exigence de l'expédition directe. Un riche et honnête négociant pourrait voir un protêt déshonorer sa signature faute d'une avance de quelques milliers de francs sur une valeur centuple (voyez *suprà*, n°s 212 et suiv.).

214. — Nous devons le dire, et nous le dirons avec bien du regret : cette théorie ne s'offre pas au lecteur sous d'heureux auspices; elle est contraire à la jurisprudence de la Cour suprême, introduite par un arrêt dont l'autorité est d'autant plus imposante qu'il émane de la chambre civile (1); et telle en est l'importance, que nous le rapporterons *in extenso.* Mais, avant tout, marquons le point de fait :

(1) V. *suprà*, n° 42, *in notis.*

En 1836, vente à crédit et expédition, par Muller (du Havre), à Chevalier (de Paris), de quarante-neuf barriques de sucre brut. Cet envoi fut chargé sur le navire *le Saint-Jacques*, à la destination de Dunkerque, et le connaissement à ordre remis à Chevalier, qui, de son côté, passa l'ordre à Tissot et Prévost, commissionnaires (à Lille), lesquels lui firent des avances, et envoyèrent le connaissement à Duponchel, tiers mandataire, à Dunkerque, pour qu'il réclamât les sucres dès leur arrivée.

Dans l'intervalle, faillite de Chevalier; saisie de la marchandise par Muller aux mains du capitaine. Opposition de Duponchel, qui conclut, pour ses mandants, à ce que les quarante-neuf barriques leur fussent délivrées, si mieux n'aimait Muller rembourser les avances par eux faites à Chevalier (1). Refus de Muller, fondé sur ce que l'endossement n'énonçant pas de valeur fournie, cet endossement n'avait pas transféré la propriété, et que la marchandise n'étant pas matériellement entrée dans les magasins du failli, rien ne pouvait s'opposer à la saisie-revendication de son vendeur non payé.

Après avoir gagné sa cause en première instance, Muller succombe en appel, par arrêt de la Cour de Douai, du 11 avril 1838 (2).

Enfin, sur le pourvoi de Tissot et Prévost, la Cour de cassation a rendu l'arrêt suivant, le 1er mars 1843 (3).

« Vu les art. 93, 137, 138, 281, 576 et 577 du Code commercial (ancien texte).

« Attendu que, suivant l'art. 281 du Code de commerce, « le connaissement peut être fait à ordre, ou au porteur, « ou à personne dénommée; — Attendu qu'il résulte des

(1) Devill., 43, p. 186.

(2) Nous n'en transcrivons pas les motifs ici; d'abord, parce qu'ils seront suffisamment connus par les motifs mêmes de l'arrêt de cassation qu'on va lire; en second lieu, parce qu'ils sont transcrits, *infrà*, n° 217, et avec plus de développement, dans un autre arrêt de la même Cour de Douai, du 5 janvier 1844, cette Cour ayant persisté dans sa jurisprudence, nonobstant l'annulation de son arrêt Muller.

(3) *Bull. des arrêts civ. de la Cour de cass.*, t. 45, 1843, p. 89.

« art. 137 et 138 du même Code que, lorsqu'un connais-« sement n'exprime pas la *valeur fournie*, il n'opère pas « transport, et n'est qu'une procuration; — Attendu que « ces articles posent des règles générales en matière d'en-« dossement, et que ces règles s'appliquent non-seulement « aux lettres de change et billets à ordre, mais à tous les « autres actes fait à ordre, et susceptibles, dès lors, de « négociation et de transmission par voie d'endossement, « tels que les polices d'assurances, les contrats de grosse « et les connaissements;

« Attendu qu'aux termes des art. 576 et 577, le ven-« deur a le droit, dans le cas de faillite de son acheteur, « de revendiquer les marchandises par lui vendues et « livrées, et dont le prix ne lui a pas été payé, pendant « qu'elles sont encore en route, soit par terre, soit par « eau, et avant qu'elles soient entrées dans les magasins « du failli ou dans les magasins du commissionnaire « chargé de les vendre pour le compte du failli; — « Attendu que l'art. 93, qui accorde un privilége pour « les avances faites par le commissionnaire sur lettre « de voiture ou connaissement, suppose que les mar-« chandises lui ont été directement expédiées, et que le « connaissement ou la lettre de voiture a été fait à son « son profit, de l'une des manières indiquées dans l'arti-« cle 281; — Que, hors ce cas, le connaissement à ordre « ne peut conférer de privilége au commissionnaire que « lorsqu'il lui est transmis régulièrement, c'est-à-dire au « moyen d'un endossement conforme aux prescriptions de « l'art. 137; — Attendu que, lorsque Muller a voulu se « ressaisir des quarante-neuf barriques de sucre qu'il avait « vendues à Brame, Chevalier et Ce, et dont le prix lui « était dû, elles étaient encore en la possession du capi-« taine Vivier, qui les avait chargées à bord du navire *le* « *Saint-Jacques*, pour les transporter à Dunkerque, et « qu'elles se trouvaient ainsi dans le cas prévu par l'ar-« ticle 577; — Attendu que Tissot et Prévost, qui se sont « opposés à la remise de ces barriques de sucre aux mains « de Muller, n'ont représenté aucune vente faite confor-« mément à l'art. 578 du Code de commerce, et ne se sont

« appuyés que sur le connaissement à l'ordre de Brame, « Chevalier et Cᵉ; — Attendu qu'il est constant, et qu'il « résulte d'ailleurs, en fait, de l'arrêt attaqué, que l'en- « dossement de ce connaissement, fait par lesdits Brame, « Chevalier et Cᵉ, au profit de Tissot et Prévost, n'exprime « aucune valeur fournie; — Que, dès lors, ce connaisse- « ment n'a pas opéré de transport, et que, à l'égard de « Muller, Tissot et Prévost n'étaient que les mandataires « de leurs endosseurs, et ne pouvaient réclamer le privi- « lége accordé par l'art. 93 au commissionnaire qui a fait « des avances; — Attendu qu'en jugeant le contraire, et « en accordant en conséquence à Tissot et Prévost la déli- « vrance des quarante-neuf barriques de sucre dont le « prix était resté dû à Muller, la Cour royale de Douai a « faussement interprété et appliqué les art. 93 et 281 du « Code de commerce, et expressément violé les art. 137, « 138, 576 et 577 du même Code, — Casse, etc... »

A cet arrêt il faut en joindre un autre, aussi de la chambre civile, du 12 janvier 1847 (*Bull. des arr. civ. de la Cour de cass.*, 1848, p. 14), par lequel il est jugé que, si la lettre de voiture n'est pas à ordre au départ de la marchandise, le destinataire qu'elle dénomme ne peut valablement l'endosser à son commissionnaire qui lui a fait des avances. Or, il n'est aucune différence, *quoàd juris effectum*, entre le connaissement et la lettre de voiture.

En résumant les arrêts de 1843 et de 1847, on voit donc qu'il est de jurisprudence à la Cour suprême,

Que le connaissement à personne dénommée est intransmissible par la voie de l'ordre, d'où la conséquence que son endossement ne constitue qu'un transport ordinaire, et ne garantit en rien au commissionnaire le droit de rétention ou privilége édicté par l'art. 93;

Que, par suite et au cas de l'art. 576, si le vendeur expéditeur non payé parvient à saisir la marchandise avant la fin du voyage, et que, entre-temps, l'acheteur postérieurement venu à faillir ait endossé le connaissement conçu *à sa personne dénommée* à un commissionnaire qui lui a fait des avances, la saisie est bonne, et le commissionnaire sans privilége;

Qu'alors même que le connaissement est à ordre, l'ordre qui en est passé au commissionnaire ne lui donne aucun privilége, à moins que l'endossement à son profit n'ait exprimé une valeur fournie.

215. — Cette jurisprudence nous semble fondée sur une erreur dont les deux arrêts sont les conséquences dans les diverses solutions que l'on vient de rappeler. Cette erreur consiste à croire que les règles générales en matière d'endossement posées dans les art. 137 et 138 sont aussi bien applicables aux *connaissements* qu'elles le sont aux lettres de change, billets à ordre, polices d'assurance, contrats à la grosse, en un mot, à tous papiers susceptibles de négociation et de transmission par la voie de l'ordre. On s'est dit : Le connaissement peut être à ordre, art. 281; donc, quand il est à ordre et endossé, son endossement est soumis à toutes les règles de forme établies pour la négociation de la lettre de change, et, en cas d'inobservation, aux conséquences qui résultent de l'inobservation, conformément à l'art. 138. On arrive ainsi à transformer l'endos-mandat du connaissement en l'endos-transport de la lettre de change et à faire du connaissement un papier négociable, c'est-à-dire un effet vendable. C'est, en définitive, dénaturer le caractère légal du connaissement, fausser l'art. 281, et convertir en un contrat translatif de la propriété d'une marchandise le contrat de commission, qui n'a ni ne peut avoir aucune autre fin que de la vendre pour le compte du commettant, ou d'en faire tout autre emploi déterminé par le commettant. A la preuve.

Le connaissement n'a pour objet ni la propriété, ni le transport de la propriété de la marchandise qui y est décrite, ni, en général, comme la lettre de change, le payement d'une somme d'argent ou le transfert de quelque autre créance pécuniaire. Ce qui le constitue de la part du capitaine, c'est l'obligation de transporter et livrer la marchandise à une destination convenue. Or, une telle obligation résiste *vi suâ* à toute négociabilité. Tout ce qu'elle comporte, c'est que l'exécution en peut être exigée en vertu d'un mandat séparé ou d'un endossement valant

mandat n'exiger et de recevoir le chargé, et d'en payer le fret.

En transmettant le connaissement, soit par la voie de l'ordre, soit de toute autre manière, on ne négocie, c'est-à-dire on ne vend pas plus le chargé qu'on ne vend ni ne négocie le titre du chargé. C'est un ordre de livraison qu'on donne, lequel, sous ce rapport, ne diffère en rien des ordres de livraison donnés en matière de vente (V. t. 5, n°s 105 et suiv.), et autre chose est la vente, autre chose la livraison.

Il est donc contre l'essence du connaissement, en tant qu'il concerne de la marchandise, d'être assimilé à un effet commerçable, tel qu'une lettre de change ou toute autre valeur de crédit qui se solde en espèces;

Et, contre la nature de son endos, d'y exprimer une valeur fournie. Peut-il être question d'une valeur donnée en échange de la marchandise dont le consignant endosseur reste propriétaire? D'ailleurs, le mandat ne se parfait qu'au moment où il est accepté, et, par suite, les avances ne sont faites qu'après sa réception. Comment énoncer le reçu d'une valeur qui n'a pas encore été fournie?

Faute de distinguer l'effet réel du connaissement d'avec son effet fictif, et de tenir compte de la disparité, la jurisprudence était fatalement entraînée à détourner l'article 281 de son application vraie, et à faire une assimilation impossible du connaissement à des papiers négociables.

Une lettre de change, un billet à ordre, est le titre d'une créance pécuniaire, d'une obligation de payer ou faire payer une somme d'argent. C'est une valeur de circulation qui se réalise en espèces métalliques, une valeur vénale, négociable. Si donc elle est vendue, c'est-à-dire négociée, il faut bien exprimer le prix. L'opération l'exige, puisqu'elle a pour résultat un échange d'espèces contre d'autres espèces. Il s'agit là d'un contrat translatif de la propriété.

Mais dans l'endos d'un connaissement, rien de semblable, rien d'analogue; et, dès lors, où est la raison, la possibilité, d'assimiler deux papiers si différents dans leur es-

sence et leur objet, et d'exiger les mêmes conditions dans leurs endos?

D'ailleurs, pourquoi le connaissement seul, et non les ordres de livraison, serait-il régi par les art. 137 et 138?

Et, puisqu'on veut l'assimiler à la lettre de change quant au mode de sa transmission, quel motif de ne pas lui appliquer les autres dispositions relatives aux lettres de change, *v. g.*, la nécessité du protêt?

A défaut d'analogie dans la constitution des deux titres, y a-t-il du moins quelque texte qu'on puisse rationnellement appliquer par analogie?

Que l'art. 187 ait déclaré toutes les dispositions relatives à la lettre de change, énumérées dans ce même article, applicables au billet à ordre, rien de plus rationnel. Le billet à ordre n'étant que le titre d'une obligation de payer une somme d'argent, *pecuniam numerandam*, il était conséquent que deux papiers, sinon identiques, du moins congénères, fussent, en ce point, régis par les mêmes dispositions.

Qu'aux termes de l'art. 313, la négociation du billet de grosse et, par parité de raison, la négociation de la police d'assurance, soient soumises aux mêmes formalités, produisent les mêmes effets et donnent lieu aux mêmes actions que la négociation des autres papiers commerçables, on le conçoit. Ce sont là des titres de créances pécuniaires; et, si ces créances sont négociées, il faut bien exprimer le prix de la négociation qui les aliène (1).

Mais, après avoir déterminé la forme du connaissement, art. 281, le législateur a-t-il édicté quelque autre article pareil ou analogue aux art. 187 et 313 pour en réglementer le transport? Il n'a eu garde, et nous en avons dit la raison *suprà*, p. 485 : dans le commerce, la facture est le titre énonciatif du prix; le connaissement est le

(1) Toutefois, la négociation du billet de grosse et celle de la police d'assurance ne sont pas gouvernées par toutes les règles qui gouvernent la négociation de la lettre de change. Ces règles ne leur sont applicables que dans une certaine mesure, et sous certaines modifications.

moyen de livrer la marchandise en voyage, *aut tantùmdem æquipollens.*

Rien donc, dans la loi, ni le texte, ni l'analogie, n'autorise l'application des art. 137 et 138 à la transmission du connaissement.

Nous dirons plus : il est de toute impossibilité qu'on les lui applique; car, encore une fois, la double obligation du capitaine, qu'il s'agirait de négocier, est d'abord celle de transporter. Mais le moyen de négocier ou vendre une obligation de transporter telle marchandise en tel lieu, sur tel vaisseau? C'est évidemment là une obligation de faire.

La seconde obligation du capitaine est de livrer. Mais comment assujettir une obligation de livrer, qui, elle aussi, est une obligation de faire (*traditio est facti*), aux formalités prescrites pour la négociation d'une lettre de change qui est une obligation de donner? Il vaudrait autant y soumettre l'obligation de construire ou de ne pas construire un navire en tel port, ou un édifice sur tel emplacement.

Or, *per rerum naturam*, l'obligation de faire est insusceptible de négociation; et, nous l'avons déjà dit en quelque endroit, au-dessus des arrêts, au-dessus de tout, il est deux puissances, deux nécessités qui ne fléchissent jamais, qui ne peuvent pas fléchir : *la nature des choses et la force des conséquences.*

Le cas est tout différent lorsque, avant son départ de la Martinique, le capitaine me souscrit un connaissement constatant que j'ai chargé sur son navire une somme de 80,000 fr. en dix sacs, contenant chacun 1,000 gourdes. Le chargé étant ici une quantité déterminée de numéraire métallique, si je veux négocier mon connaissement, il faut que l'endossement exprime la *valeur fournie*, sans quoi cet endossement ne sera qu'une procuration pour exiger et recevoir les 8,000 gourdes, et les tenir à ma disposition.

Par la même raison, il faut encore exprimer la *valeur fournie* quand c'est le capitaine qui négocie l'original du connaissement dont il est propriétaire, parce que le prix du fret, qui y est énoncé (art. 281), est aussi une somme

d'argent susceptible de négociation (1). Dans ces deux hypothèses, l'application de l'art. 138 est très-rationnelle.

Mais, pour que le capitaine puisse valablement négocier son fret, nul besoin que ce fret ait été promis à ordre; et nous n'avons pas vu un seul connaissement où le capitaine l'ait stipulé de cette manière.

Il en est de même du prix de la voiture. La Cour de Lyon l'a jugé et très-bien jugé le 10 janvier 1826, par arrêt confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de la même ville, du 24 septembre 1824 (V. le *Journal de jurisp. commerciale et maritime* de Marseille, t. 7, 1826, Part. 2, p. 154).

216. — Il convient de remarquer les singuliers résultats que produit la jurisprudence. Rien n'est plus propre à en démontrer l'erreur :

1° L'endos du connaissement au profit du commissionnaire est-il irrégulier, c'est-à-dire, n'énonce-t-il pas une valeur fournie, il ne vaut que procuration (138). Donc, poursuit-on, le commissionnaire n'a pas plus de droit que n'en avait l'acheteur, son commettant. Mais c'est précisément parce qu'il est mandataire, et qu'il détient fictivement la marchandise par le connaissement, que l'art. 93 lui accorde un droit de rétention ou privilége à raison de ses avances, *in tutum crediti*;

2° Cet endossement est-il régulier, il opère transport (137). Par conséquent, le commissionnaire est saisi de tous les droits de l'achetenr, son commettant, bien que les parties n'aient voulu qu'une consignation. Qu'en peut-il résulter si le commissionnaire vient à faillir? Nous allons le voir dans une hypothèse où il sagit d'un papier véritablement susceptible de négociation (2).

(1) Quand le capitaine veut se réserver de négocier son fret, il doit avoir deux originaux du connaissement, signés par le chargeur, parce que l'un étant négocié, l'autre lui reste à bord, comme il est prescrit par l'art. 226.

(2) « L'effet nécessaire et légal du connaissement, a dit la Cour « de Rouen (Arrêt du 28 juin 1847, cassé le 25 juillet 1849), est de

Propriétaire et porteur d'une traite de 15 mille piastres d'Espagne sur Ibrahim, de Smyrne, laquelle a deux usances à courir, je la transmets en commission de recouvrement (1) à Pierre, de Marseille, endossée à son ordre, sans expression d'une valeur reçue, et néanmoins sous la condition, énoncée dans ma lettre d'envoi, qu'il m'avancera 10,000 fr. sur l'importance de la traite. Mais Pierre me la renvoie par le retour du courrier, en me disant qu'il ne peut rien avancer, à moins d'un endossement *régulier*, c'est-à-dire, en tout conforme aux prescriptions de l'art. 137, notamment à celle qui exige l'expression d'une *valeur fournie*. Cette simulation me répugne. Je n'en avais vu nul exemple dans ma longue pratique. Mais des besoins pressants me forcent d'y donner les mains. Je reçois donc les 10,000 fr.

A l'échéance, Pierre encaisse par le crédit que son correspondant de Smyrne lui donne dans leur compte courant et, peu de temps après, il tombe inopinément en faillite. Mais deux semaines s'écoulent sans que je sois instruit de cet événement, que j'apprends enfin par les journaux.

Surpris de n'avoir pas reçu la circulaire prescrite par l'art. 462, j'accours à Marseille, et je dépose au greffe du tribunal de commerce un extrait en due forme de mes livres, avec les lettres de Pierre, justificatives de ma créance sur lui.

Le jour indiqué par le juge-commissaire, je me présente à la vérification contradictoirement avec le syndic; et, sauf les déductions de droit, spécialement sous la déduction des 10,000 fr. d'avances, je requiers mon inscription privilégiée au passif pour le surplus des 15,000 piastres, non sans témoigner mon étonnement de n'avoir pas été

« constituer le contrat de commission entre l'endosseur et le bénéficiaire, conséquemment d'attribuer à ce dernier les droits et les « priviléges inhérents à la nature même du contrat de commission. »

(1) On se [illegible], de l'aveu de tous (V. *suprà*, n° 21[illegible]), l'art. [illegible]3 s'applique à tous les commissionnaires indistinctement.

convoqué. A cette demande portée sur le procès-verbal, voici la réponse du syndic :

Je ne viens ici ni comme mandataire du failli, ni comme curateur ou gérant de la faillite qui le représente. Je ne demande rien. Si donc vous avez reçu de lui quelque à-compte avant votre parfait payement, gardez le tout en pleine sécurité. Je viens comme mandataire de la masse des créanciers, vous dire en son nom : L'endossement par vous souscrit à Pierre, copié sur son livre de *traites et billets à recevoir*, fait foi qu'il vous a fourni la valeur de la traite sur Smyrne ; ainsi les fonds qui en sont provenus étaient sa propriété lors du jugement déclaratif. On n'a donc pas dû vous comprendre au nombre de ses créanciers ; et, puisqu'il faut vous le dire, ce qui m'étonne en vous, c'est votre étonnement. Que me font vos livres et les lettres de Pierre ? Est-ce qu'on ignore à Aubagne qu'il n'est pas admis de preuves contre l'effet translatif d'une lettre de change régulièrement endossée ?

Cette prétention du syndic est-elle bien fondée en droit ? Écoutons là-dessus le tribunal civil de première instance de la Seine.

« Attendu que le syndic de la faillite ne représente pas seu-
« lement le failli, mais bien aussi la masse des créanciers ;

« Attendu que, si, par l'effet de la faillite, les créanciers
« sont subrogés dans les droits de leur débiteur, et devien-
« nent ainsi ses ayants-cause quand ils les exercent, ils ne
« cessent pas pour cela d'avoir aussi leurs droits propres
« et personnels en leur qualité de créanciers, et que, quant
« à ces derniers droits, ils sont évidemment des tiers ;

« Attendu que c'est comme tiers, et non comme ayants-
« cause de leur débiteur, qu'ils attaquent la validité des
« actes de cession par lui consentis à leur préjudice ;

« Attendu qu'aux termes de l'art. 2093 du Code civil,
« ils ont, comme créanciers, un droit sur tous les biens de
« leur débiteur, qui sont le gage commun de leurs
« créances ; que, dès lors, ils ont un droit personnel sur la
« chose cédée, en tant que, par suite de la nullité de la
« cession, elle rentrerait dans le nombre de ces biens. . .
« . . . .

« Attendu que les créanciers étrangers aux actes de « cession sont nécessairement des tiers à l'égard des ces- « sionnaires, etc...

« ....

« Par ces motifs,

« Le tribunal déclare nuls et sans effet à l'égard des « créanciers de la faillite Godillot, les actes de cession, « etc.... »

Ces dernières expressions font connaître que, dans le procès récemment jugé à Paris (1), le point de fait n'était pas le même que celui de notre hypothèse. Mais le point de droit y était le même, et les deux questions se décident par le même principe que *les créanciers du failli ne sont pas ses ayants-cause quand ils exercent leurs droits personnels et propres, ou qu'ils en excipent.*

Sans doute, il était entendu entre Pierre et moi que l'expression de la *valeur fournie* ne tirerait pas à conséquence entre nous. Nos livres et nos lettres le prouvent. Mais les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes (art. 1321 C. Nap.). Par conséquent, dès que j'ai endossé ma traite avec reconnaissance d'en avoir reçu la valeur de Pierre, qui l'exigeait ainsi vu la jurisprudence, Pierre ayant fait faillite après avoir encaissé, il se trouve, en définitive, que j'ai échangé

(1) Il s'y agissait de savoir si la nullité du transport fait par un commerçant, et tirée de ce que le transport n'a été enregistré et signifié qu'après la faillite du cédant, peut être opposée par les créanciers du failli, en leur qualité de tiers (V. la *Gazette des tribunaux* du lundi 5 juillet 1855).

Quand nous exposions (V. *suprà*, nos 76, 77) notre théorie sur les *tiers* et les *ayants cause* en matière de faillite, notre opinion était partagée par les honorables magistrats qui ont rendu le jugement dont on vient de lire les motifs touchant le point de droit.

Sans adopter expressément, mais sans combattre ces motifs, la Cour impériale a confirmé.

Mais elle a réservé aux appelants la faculté d'exercer leurs droits comme simples créanciers chirographaires, et aux syndics le droit de les contester lors de la vérification des créances. Décision fort sage; car, par exemple, s'il vient à se vérifier que telle cession n'a été faite que pour couvrir ou garantir une créance, n'y ayant pas novation en ce cas, le cessionnaire devra être admis comme créancier à dividende.

75,000 fr. contre 10,000 fr. Car, si, en leur qualité de tiers, les créanciers du failli ont le droit de faire rentrer dans la masse de ses biens les effets qui en sont irrégulièrement sortis à leur préjudice, ils peuvent, en la même qualité, empêcher que rien n'en sorte de la même manière.

D'un autre côté, si Pierre n'eût pas exigé la simulation d'une *valeur fournie*, et que son malheur me fût arrivé, il n'aurait pas eu le privilége de l'art. 93 : *Sarrebbe stato tenuto a contribuire.*

En résultat net : Quand des avances sont faites sur un connaissement remis par endos, si le commettant ou le commissionnaire est déclaré failli les marchandises non encore arrivées, il faut nécessairement, ou que le commissionnaire perde son privilége, conséquemment ses avances, du moins en majeure partie, ou que le commettant perde ses marchandises, moins le montant de ces mêmes avances ; et que, entre-temps, ils soient, l'un et l'autre, en péril de perdre, sans savoir lequel perdra, mais certains que l'un d'eux sera perdant si l'un des deux vient à faillir. Il n'est pas d'autre moyen d'obéir à la jurisprudence. Or, dans le commerce, nul n'est à l'abri d'un désastre inopiné : *mercatores sunt semper in statu proximo decoquendi.* Quelle manière d'entendre l'art. 281 ! Quelle manière de provoquer le crédit (1) !!!

Nous avons dû répondre à l'arrêt de cassation du 1er mars 1843, entendu dans le sens qu'il présente, et tel que tous l'ont compris (V. M. Troplong, *Nant.*, n° 333).

La question jugée affirmativement par cet arrêt est

(1) Si l'on veut connaître avec plus de détails les malheureux effets de la nouvelle jurisprudence en matière de commission, il faut voir une excellente dissertation de M. Le Hir, insérée dans ses *Annales de la science du droit commercial*, janvier 1847, 1re livraison, p. 19 et suiv.

Ce recueil périodique qui nous est d'une grande utilité, et auquel nous empruntons souvent des aperçus fort justes, a le mérite particulier d'être rédigé avec le concours de plusieurs négociants pratiques et d'hommes éminents dans la science du droit commercial, par un savant et laborieux jurisconsulte qui s'est spécialement consacré à l'approfondissement de ce droit. C'est un triple avantage inappréciable.

celle-ci : « Quand vous avancez à Jacques 100,000 fr. sur une cargaison de café qu'il vous expédie de la Martinique, et dont il vous commet la vente pour son compte, s'il vient à faillir avant la fin du voyage, n'avez-vous le privilége de l'art. 93 qu'autant qu'un endos régulier du connaissement à son ordre vous en a fait le *transport* ? »

Il paraîtrait que la haute juridiction, saisie par l'arrêt de renvoi, a trouvé *in petto* quelque chose à redire au mot *transport*, qui signifie *transmission de la propriété*; car, au point de droit jugé *in terminis* par la Cour de cassation, la Cour d'Amiens en a substitué un autre :

« L'endos d'un connaissement de marchandises, qui n'exprime pas une *valeur fournie*, peut-il créer, au profit du commissionnaire qui a fait des avances, le privilége introduit par l'art. 93 ? »

Telle est, à coup sûr, la question sur laquelle la Cour d'Amiens a voulu prononcer et a prononcé négativement.

En effet, son arrêt pose en principe que « la forme de « l'endossement régulier de la lettre de change est la « même en matière de connaissement, soit qu'il s'agisse « de la propriété même des marchandises, ou d'un droit « réel sur ces marchandises. »

« Or, continue le même arrêt, le privilége est un droit « sur la chose, dont la création, pouvant affecter les droits « de tiers, exige la même solennité que la cession de la « marchandise elle-même. »

A quelle conclusion vient aboutir cette théorie de la Cour d'Amiens? Précisément à la même, à cela près du mot *transport*, que celle où avait abouti la théorie de la Cour suprême ; « L'endossement irrégulier n'est qu'une « simple procuration et ne donne au porteur que la faculté « de représenter celui à qui la marchandise était expédiée. »

Nous répondons : l'endossement exigé par la Cour d'Amiens devant être conçu, *totidem verbis et syllabis*, de la même manière que l'endossement exigé par la Cour de cassation (art. 137), chaque endossement opérera transport ni plus ni moins que l'autre. Car, entre deux

endossements où tout est identique, à quoi distinguer celui par lequel l'endosseur aura voulu transmettre la propriété d'avec l'endossement par lequel il n'aura voulu que créer un privilége? Le juge n'aurait même pas le droit de deviner si la chose était possible et qu'il l'osât, aucune preuve ne pouvant être reçue contre le transport opéré par l'endossement régulier (v. g., *valeur en compte*) d'une lettre de change. La jurisprudence est uniforme et invariable à cet égard.

Objectera-t-on que l'endosseur peut dire *valeur reçue en avances?* Mais cet endosseur consignant, qui est à Pondichéry, commettrait un faux en écriture de commerce, s'il disait avoir reçu les 100,000 fr. qu'il demande, et dont peut-être il ne conviendra pas à son correspondant de lui faire l'avance.

Écrira-t-il *valeur à recevoir en des avances demandées?* L'art 137 ne parle pas d'une *valeur à fournir*, mais *d'une valeur fournie*.

Ainsi, sous quelque rapport qu'on l'envisage, la théorie de la Cour d'Amiens est impraticable.

Voilà pourtant où l'on arrive par une distinction qui ne distingue rien, et, pour y arriver, il faut, tout d'abord, s'approprier les erreurs de l'arrêt de 1843 dont on vient de voir la réfutation, puis y en ajouter une autre qui n'est pas moins grave.

La Cour d'Amiens suppose que c'est, ou le commettant, ou une convention entre le commettant et le commissionnaire qui *crée* le privilége du commissionnaire. Or, rien ne répugne plus aux premiers principes sur les priviléges : *Privilegia sunt legis.* Le propriétaire n'en peut créer aucun par sa seule volonté; le concours même des volontés n'en peut créer aucun, en ajouter aucun à ceux que la loi a créés. Le privilége de l'art. 93 est une création de l'art. 93. Dès que le double fait qu'il a prévu se produit, le privilége ou droit de rétention naît de ce double fait, par la seule puissance de la loi, *ex facto jus oritur* (1).

(1) La loi est une règle abstraite, posée en prévision de tel fait

La Cour d'Amiens se ferait donc illusion si elle pensait avoir déjà dit ou jugé autre chose que n'avait dit et jugé l'arrêt de la Cour suprême. Elle en a fait une seconde édition, et, n'y ayant dès lors entre les deux arrêts qu'une différence de mots, *verborum sonus*, il nous est permis d'emprunter à M. Troplong ce qu'il a dit dans une occurence analogue : « Il n'y a pas de doctrine plus « fausse et plus contraire à tous les principes reçus en « matière de commission que celle dont l'arrêt de la « Cour... d'Amiens est ici l'écho. » (*Nantiss.*, n° 359.) Nous ajoutons : ni de plus pernicieuse. C'est l'anéantissement de la commission dont la vitalité est tout entière dans son privilége (V. notre t. 3, n° 228). Or, ce privilége, d'un usage immémorial chez tous les peuples commerçants, l'art. 93 l'a érigé en loi bien moins dans l'intérêt privé du commissionnaire, que dans l'intérêt général de la société. La richesse nationale et la prospérité publique en dépendent, parce que, sans lui, plus de crédit, plus de commerce maritime (V. *suprà*, n° 212).

C'est ce qui ne pouvait échapper à la pénétrante sagacité de M. Troplong. Aussi, quand la jurisprudence *subtilisait les mots*, *épluchait la lettre* pour vouloir transformer l'art. 93 en une disposition restrictive, on a vu ce jurisconsulte prendre chaleureusement en main la défense du commissionnaire, en invoquant, comme nous l'avions fait nous-mêmes, la puissante autorité de Valin et les considérations sociales dont la loi s'était inspirée. Par exemple, à ceux qui prétendaient distinguer *entre le cas où les avances ont précédé la consignation, et celui où la consignation a précédé les avances* (n° 223, p. 219), M. Troplong répondait : « Il faudra donc laisser le crédit en suspens, et « perdre un temps précieux ? Non ! l'art. 93 ne saurait « être entendu en tenant si peu de compte des besoins du « commerce. Cet article veut favoriser le crédit et les expé- « ditions. Il faut que les juges lui donnent le sens qui fa-

éventuel, ou de tel fait qui arrivera certainement. Dès que ce fait existe, le droit en surgit *etsi de hoc nihil pactum sit*, sed quasi *id convenerit*. C'est un quasi-contrat commercial, de la même nature que les quasi-contrats prévus aux art. 1371 et suivants du Code civil.

« cilite le plus le mouvement des capitaux et des mar-
« chandises, et non celui qui les paralyse et les entrave...
« Au nom de l'intérêt du commerce, n'empêchons pas les
« avances de précéder l'envoi des marchandises. Ces
« avances sont une providence pour ceux qui les reçoivent;
« arrivées en temps opportun, elles deviennent, entre les
« mains de l'emprunteur (1), un moyen de faire fructi-
« fier son commerce et de prévenir des faillites.» (N° 225, p. 221.)

Le sous-consignataire a-t-il le privilége de l'art. 93? C'est encore là une de ces questions sur lesquelles, en *épluchant la lettre*, la jurisprudence tendait à s'égarer. M. Troplong intervient, et toutes les incertitudes se dissipent :

« L'affirmative me paraît indubitable.............
« Cette manière d'opérer est usuelle dans le commerce;
« elle étend le crédit; elle favorise les négociations; elle
« donne du mouvement aux capitaux et aux expéditions
« de marchandises....... Si le commissionnaire avait
« fait les avances de ses deniers, il serait privilégié. Quelle
« est donc la raison qui l'empêche de mettre à sa place
« celui qui a payé à sa place? » (*Nantiss.*, n° 253.)

S'agit-il des usages commerciaux en matière de consignation?...... « Aidé de l'art. 2084 du Code civil, qui,
« sur ce point, constate son incompétence, j'ai démontré,
« contre ceux qui se croient plus sages que cette sage dis-
« position, que l'usage commercial, se mettant en har-
« monie avec des intérêts qui embrassent le monde com-
« merçant, a repoussé, dans tous les cas non prévus par

(1) L'auteur semble confondre les avances avec les emprunts. Un commerçant est perdu dès qu'il emprunte sur gage; c'est une preuve de discrédit, un signe de détresse, et le prêteur n'est pas toujours à l'abri du soupçon d'usure. Mais ce sont là les moindres inconvénients du prêt sur gage. Il arrête court la circulation de la marchandise.

Les avances, au contraire, favorisent cette circulation. Elles prouvent le crédit et la confiance réciproque de celui qui les fait et de celui à qui elles ont été faites. Les avances du commissionnaire sont l'âme et la *providence* du commerce, et surtout du commerce des mers.

« l'art. 95 du Code de commerce, des formalités gênantes, « minutieuses, inutiles au crédit » (Préf., p. 11 et n° 133), et que, certes, ne pourraient pas remplir un commettant de Chandernagor et un commissionnaire de Marseille.

217. — Après avoir lu les éloquentes paroles que l'on vient de transcrire (et combien d'autres beaux passages que, pour abréger, nous ne transcrivons pas!), qui pourrait s'attendre à trouver dans M. Troplong un approbateur zélé de l'arrêt de 1843, cet arrêt d'après lequel le commissionnaire n'a de privilége que si le commettant lui a transféré la propriété de ses marchandises? Et ce qui surprend encore davantage, c'est que M. Troplong ne le ratifie qu'après en avoir lui-même démontré l'erreur d'une manière palpable!

« Comment! s'écrie-t-il, vous voulez un acte de trans- « port (le mot est en toutes lettres dans l'arrêt de la Cour « de cassation) (1), un acte de transport là où les parties « n'ont pas voulu faire un transport! Il vous faut une ces- « sion en forme, tandis que les parties n'ont voulu consti- « tuer qu'un gage!

« Pour quelle raison ne vous contentez-vous pas d'un « mandat? Parce que, dites-vous, le mandant peut révo- « quer le mandat et faire évanouir le gage du commis- « sionnaire.....................................

« Mais nous vous répondons que ce mandat est irrévo- « cable ; et il est irrévocable parce que le commissionnaire « est *procurator in rem suam* (V. mon *Comm. du mandat*, « n° 718), parce que le mandat à lui donné pour recevoir « la marchandise est la condition d'un autre contrat irré- « vocable, dans lequel ce mandat figure comme acces- « soire..

« Cette argumentation, poursuit l'auteur, n° 333, n'est « pas sans force.............................. »

Nous disons, nous, que seule elle suffirait à prouver le privilége du commissionnaire, s'il était besoin d'en

(1) Il y est deux fois.

chercher la preuve ailleurs que dans la loi même de la revendication en matière de faillite.

Mais M. Troplong ne s'y arrête pas. « Je pense cependant, nous dit-il, n° 334, que le système de la Cour de « cassation doit l'emporter...................... « Il importe peu que le mandat soit irrévocable à l'égard « du mandant ; il faut voir quelle est sa portée à l'égard « des tiers. Or, il est évident que le mandat résultant de « l'endos irrégulier (1) est de ceux qui rendent le manda- « taire passible de toutes les exceptions qu'on pourrait « opposer au mandant. Le vendeur non payé de la mar- « chandise a donc pu dire à ce mandataire : à mes yeux, « vous représentez l'acheteur ; vous n'avez pas plus de « droits que lui ; je pourrais revendiquer la marchandise « sur lui ; je la revendique sur vous. »

Ce raisonnement, qui en tous points est fautif, pourrait être spécieux s'il n'y avait pas au Code marchand un art. 93. Mais il y est, et c'est précisément parce que le commissionnaire est un mandataire, et que ce mandataire est révocable *ad nutum* (2), que cette loi lui confère, sous le nom de privilége, le droit de rétention, afin qu'il ne perde pas ses avances si son mandat vient à être révoqué par le commettant non failli, ou à s'éteindre par la faillite du commettant. Or, qui dit *privilége* dit préférence. Un privilége contre le débiteur serait un *non-sens*. C'est donc à l'encontre des tiers que le privilége est accordé. Aussi Duponchel ne disait-il pas que le mandat de Tissot et Prévost était irrévocable. Il disait seulement, avec l'art. 1999 du Code Napoléon, que Chevalier, qui le leur avait donné, n'aurait pu le révoquer qu'à la charge de rembourser les avances par eux faites à l'occasion de ce mandat ; et il sou-

(1) D'un connaissement (dans l'espèce).

(2) M. Troplong disait à l'instant, et il le dit aussi dans ses commentaires sur le *Mandat*, n° 718, que le commissionnaire est un *procurator in rem suam*. Cela est inexact (V. t. 5, n° 283, ce qui constitue un pareil procurateur). Seulement il est vrai, *sed valdè dissimilitèr*, que, au moyen de son privilége, le commissionnaire est, quant aux avances qu'il a faites, et à la concurrence de ces mêmes avances, dans la même condition de sûreté que si on lui eût donné une procuration *in rem suam*.

tenait de plus que la même charge était imposée à la masse de Chevalier par l'art. 93 du Code de commerce (1), ce qui ne peut faire aucun doute dans l'esprit de ceux qui pensent, avec la Cour suprême, arrêt du 28 juin 1829, que, pour donner lieu au privilége, deux faits matériels suffisent : des avances sur la chose, et la détention d'un connaissement constatant l'expédition de cette chose à celui qui a fait les avances (V. *suprà*, n° 212).

Mais ce n'est pas ainsi que M. Troplong veut entendre l'art. 93. Le savant commentateur s'est persuadé que la simple détention du connaissement ne saurait suffire. Il faut, croit-il, que le commettant ait remis le connaissement, et que le commissionnaire l'ait reçu avec l'intention de constituer un gage. Et quel gage? *Un gage tacite.*

Ce système, dont il avait jeté les premiers fondements dans ses commentaires sur les *Hypothèques*, M. Troplong y est revenu dans ses commentaires sur le *Nantissement*, où il a entrepris de le justifier, et par l'argumentation, et par la doctrine des auteurs.

Voici sa thèse :

« Le titre du Code civil que nous analysons, dit-il, « n° 148, ne s'occupe que du nantissement conventionnel. Mais le nantissement peut se trouver mêlé tacitement à une foule d'agissements, n° 40.... Le gage tacite a de tout de temps existé dans notre pratique commerciale, et même dans la pratique commerciale de « tous les pays.

« Si le gage n'a aujourd'hui, dans les rapports civils, « qu'un mouvement borné, il en est autrement dans les « rapports commerciaux. Le gage y est très-utilement et « très-fréquemment pratiqué. Il fait la sûreté du commerce de commission. » (Préf., p. 4.)

(1) Telles étaient bien les conclusions de Duponchel en première instance; le recueil de M. Devilleneuve le constate. Pourquoi n'en est-il fait aucune mention dans les arrêts? Il n'est pas à croire que Duponchel, pas plus que Tissot et Prévost, s'en soit désisté; ceux-ci n'en avaient pas d'autres à prendre.

Les deux commissionnaires disaient donc : Le privilége nous est dû à titre de mandataires, art. 93; on leur a répondu : *Il fallait être propriétaire.* Que n'avez-vous acheté?

Pour mettre sa doctrine en lumière, l'auteur la met en action en citant des exemples de ce qu'il appelle *gage tacite;* et ces exemples, il les emprunte au droit romain, au Code civil, au Code de commerce, à Pothier, à Voët ; il cite aussi Casaregis.

« Sans le point de vue commercial, dit encore M. Trop-« long (Préf., p. 5), le contrat de gage serait peu de « chose ; mais le commerce l'élève, l'agrandit, le présente « sous des faces nouvelles, et remue des questions pleines « d'intérêt et de difficultés. »

C'est qu'en effet, sous la plume de l'habile jurisconsulte, les expressions *gage tacite* ont une élasticité, une portée presque indéfinies.

Elles embrassent le droit du propriétaire locateur, n° 40 ; le droit de l'ouvrier qui a mis en œuvre ou confectionné, n° 41 ; le droit du commissionnaire pour ses avances, n° 42 ; le droit de l'aubergiste, n° 43 ; le droit du voiturier, n° 44 ; la saisie judiciaire, n° 45 ; le droit du dépositaire, le droit du vendeur non payé qui n'a pas délivré, n° 47.

Comment le gage tacite peut-il se constituer ?

De diverses manières : par la loi, n° 40 ; par un contrat dont il est la conséquence nécessaire et accessoire, n°s 42, 43 ; par une convention tacite, n°s 49, 212, 242 ; par une saisie judiciaire, n° 46 (V. aussi *Privil. et hypoth.*, n°s 149, 170).

En somme, le gage tacite s'établit *lege, ex contractu, silentio, judicio.*

Quels sont les effets du gage tacite et à quelles conditions produit-il ces effets ?

Tantôt il a l'effet du privilége, tantôt du gage proprement dit, tantôt du droit de rétention.

Quant aux conditions, nulle règle certaine. « Il ne « faudrait pas, dit l'auteur, donner au gage tacite tous « les effets du gage conventionnel..... La plupart de ces « gages tacites ne sont que des gages imparfaits. C'est « par assimilation qu'on les appelle gages....... Il ne « faut pas indistinctement appliquer au gage tacite ce « qui est vrai pour le gage conventionnel. Il y a des dis-

« tinctions à faire, des réserves à garder ; et on ne peut pas « toujours dire : *Eadem vis taciti ac expressi.* » (N° 49.)

M. Troplong ne définit donc pas. Cela est à regretter ; car si une formule nette et précise est toujours nécessaire dans l'enseignement du droit, c'est surtout dans l'exposé d'un enseignement nouveau.

218. — La doctrine de M. Troplong peut-elle être reçue dans le droit consulaire? C'est le seul rapport sous lequel nous devions l'examiner. Le reste ne nous regarde pas, et nous ne voulons point sortir de notre humble sphère ; *ne sutor ultrà crepidam.*

Qu'on n'aille cependant pas s'imaginer qu'il ne s'agit ici que d'une dispute de mots. La question est plus grave qu'on ne pense : *Plus habet in recessu quàm in fronte promittit.*

Nous avons vu (*suprà*, n° 210) qu'on a fait perdre à la maison Lafitte 40,000 fr. d'avances, faute d'avoir distingué le privilége proprement dit, du privilége nominal ou droit de rétention du commissionnaire. Nous allons voir ici qu'il n'est pas moins dangereux de confondre ce droit avec le gage ou nantissement.

Veut-on contracter un gage, il faut vouloir un gage de part et d'autre (1), et ne vouloir qu'un gage ; *idem nolle atque velle.* Mais le contrat n'est parfait et ne confère privilége que s'il a été précédé ou suivi de la tradition effective (art. 2071, 2073, 2076 C. Nap.). Ces lois ont pour objet exclusif les intérêts civils. La preuve en est l'art. 2084.

Mais le droit de rétention est acquis au commissionnaire tout aussi bien par une détention feinte que par la détention réelle, art. 93. Nécessaires au commerce proprement dit, et principalement au commerce maritime, des lois de cette espèce ne le sont nullement au commerce de la vie civile. Au contraire, à bien des égards, elles lui

(1) *In contractibus non attenditur quod ex parte unius fuit cogitatum, sed quod utraque pars contrahendo cogitavit* (Casareg., Disc. 119, n° 68).

seraient nuisibles, et c'est ce qui explique pourquoi la tradition fictive ne s'y étend pas au gage.

Le gagiste non payé n'a pas le droit, même *longo post tempore*, de disposer du gage, la convention l'y eût-elle autorisé. Il peut seulement, par l'ordonnance du juge, et les formalités de l'art. 2078 préalablement observées, le garder *in solutum* à due concurrence, ou le faire vendre aux enchères.

Mais pour peu qu'il éprouve de retard dans le remboursement de ses avances dont il a fait la demande au commettant, le commissionnaire se fait autoriser, sur une simple requête non communiquée, à vendre par courtier au cours de la place, favorable ou défavorable (V. notre t. 2, n° 329) (1).

Le gagiste n'a que le droit *de se faire payer sur la chose* (art. 2073 C. Nap.).

Le commissionnaire *se rembourse* lui-même *sur la valeur des marchandises* (art. 93 C. comm.).

Un gage ne fait la sûreté que de la créance pour laquelle il a été remis (art. 2071, 2082 C. Nap.), sauf le cas exceptionnel prévu par ce dernier article.

La rétention du commissionnaire s'étend à tout ce qu'il détient, de quelque nature et de quelque époque que soient ses avances (V. notre t. 3, n° 232).

N'y eût-il qu'une seule de ces disparités d'effet, et surtout la dernière, entre la rétention et le gage, pourrait-il être permis de substituer le gage à la rétention?

Mais il en est une dernière d'une bien autre importance.

Le gage est un contrat (art. 2073 C. civ.). Il exige donc que les deux volontés s'entre-connaissent et se lient (V. t. 1er, nos 84 et suiv.); et comme c'est un de ces con-

(1) Ainsi jugé par la Cour de Paris, le 13 mars 1815, et par la Cour de Colmar, le 20 nov. 1816. Il a même été jugé (Bruxelles, 15 juin 1822), que le commettant ne peut, dans ce cas, réclamer la faculté de vendre lui même, sauf à laisser toucher le prix au commissionnaire, si ce mode de vente peut apporter un retard quelconque au payement.

Ces trois arrêts sont à leurs dates au *Journal du Palais*.

trats *qui re perficiuntur*, il y faut de plus la tradition de la chose. Sans cela, ce n'est pas le gage : c'est une promesse de gage.

Or, dans la formation des contrats, le consentement tacite n'est pas d'une autre nature, et il a la même vertu que le consentement exprimé. Par conséquent, si le gage tacite existe, il est absolument du même effet que le gage défini par le Code Napoléon (art. 2071 et 2072). Quelle raison de distinguer, et quelle distinction est possible? *Eadem est vis taciti ac expressi* (consensûs) ; et, quoi qu'en dise M. Troplong (n° 49), c'est là un principe fondé sur la nature des choses, qui ne transige pas, qui ne peut pas transiger.

Cela posé, voici une espèce :

A la demande de Jacques qui est à l'île Maurice, vous acceptez 50,000 fr. de ses traites, sur l'annonce d'un connaissement dont il vous promet l'envoi, ou qu'il vous a déjà expédié. Mais dans les dix jours qui suivent soit l'envoi, soit la réception du connaissement, Jacques vient à faillir.

Avez-vous fait un contrat de gage, le gage est nul et sans effet relativement à la masse ; non-seulement parce que tout droit de nantissement constitué *intrà prohibitum tempus* sur les biens du failli pour dette antérieurement contractée, tombe sous l'application de l'art. 446 (V. notre t. 3, n° 237), mais aussi parce que, le contrat de gage ne pouvant se parfaire sans la tradition effective de la chose, vous ne déteniez rien lors du jugement déclaratif. Vous ne déteniez même rien, le connaissement vous fût-il parvenu bien avant les dix jours antérieurs, car le connaissement ne remplace la chose que pour la tradition de cette chose à un commissionnaire qui a fait ou fera des avances, et pour sa tradition à quiconque l'achète pendant qu'elle est en voyage. Or, comme toutes les autres fictions, cette double fiction ne s'étend pas au delà de son double objet, et dès que cet objet est rempli, toute fiction cesse : *Fictio non extenditur de casu ad casum.*

Il n'en est pas ainsi du droit de rétention. Ce droit, qui n'a rien de fictif, naît viable la veille même de la déclara-

tion de faillite, et l'art. 446 ne s'y applique pas plus qu'à l'hypothèque légale, pourvu qu'il y ait bonne foi de la part du commissionnaire, et une juste cause à sa détention. Or, les acceptations données, les avances sont faites.

Le privilége, l'hypothèque, le gage, la rétention, voilà les seules sûretés réelles d'une créance. De gage tacite, il n'en existe point, il n'en est pas de possible.

Bien des auteurs ont traité de l'hypothèque tacite (*tacitum pignus*). Nous n'en connaissons aucun qui, avant M. Troplong, ait parlé de gage tacite. Le nom même n'en est pas prononcé dans Pothier ni Domat.

C'est qu'en effet le gage n'exige pas seulement une tradition matérielle; il exige de plus que cette tradition soit faite et reçue dans l'intention d'assurer le payement de la dette : *Pignus eo animo datur et accipitur*, disent les lois romaines, *ut sit cautum creditori*. « Cette fin est de *l'es-* « *sence* du contrat; c'est elle qui le caractérise et le dif- « férencie des autres contrats réels (Pothier, *Nant.*, ch. 1, « art. 1). » Or, dans le silence des parties, comment le pur fait de la tradition pourrait-il en préciser la fin?

Sans doute par la détention de la chose le créancier acquiert tout autant de sûretés et des sûretés plus commodes que s'il y avait contrat de gage. *Res pignoris loco est*, disent les jurisconsultes romains. Mais dire que la chose tient lieu de gage, c'est dire clairement qu'il n'y a pas de gage. Ils disent aussi, ces mêmes jurisconsultes : *Jure quodam pignoris retinetur* (res). En s'exprimant ainsi, que veulent-ils faire entendre? Que la chose est engagée, *obligata*, au créancier comme si elle était un gage, et que le débiteur est tenu *quasi ex pignore*, sans avoir contracté de gage comme il pourrait l'être *quasi ex contractu*, sans avoir fait aucun contrat, ou *quasi ex delicto*, sans avoir commis de délit. Par conséquent, la remise et la détention de la chose ne constituent pas plus de gage tacite qu'il n'y a de contrat dans le quasi-contrat, de délit dans le quasi-délit. Cependant, si ce gage existait, il ne serait pas moins atteint par l'art 446, dans les cas que cette loi a prévus, que ne l'est le gage exprès, et l'on

a vu, *suprà*, quelle en serait la désastreuse conséquence.

Gardons-nous donc bien de substituer cette chimère à la rétention, seul et vrai droit du commissionnaire. Gardons-nous bien aussi de vouloir l'y assimiler. Nulle assimilation n'est possible à la chose qui existe, d'une chose qui n'existe pas *in rerum naturâ*.

Voilà pour la théorie de M. Troplong sur le *gage tacite*. Il reste à voir l'application qu'il en fait, et à consulter les auteurs qu'il cite à l'appui.

Le droit du propriétaire locateur sur les fruits de la récolte, sur, etc..., est-il un gage tacite?

Suivant le droit romain, c'est une tacite hypothèque, *tacitum pignus*. Car, à Rome, le *pignus*-hypothèque pouvait se contracter *conventione*; il existait même *jure* en certaines circonstances, comme chez nous l'hypothèque légale. C'est parce qu'il n'était pas possible de contracter un gage *solo consensu*, vu l'indispensabilité de la tradition, que les jurisconsultes romains imaginèrent leur système hypothécaire.

Suivant le Code civil, c'est un *privilége*; mais, sans la tradition, la remise de la chose étant de l'essence du gage, le privilége ne constitue aucun gage, ni le gage aucun privilége.

Aussi M. Troplong enseigne-t-il avec raison (*Privil. et hyp.*, n° 149) que, sous le nom de privilége, le Code civil reproduit ici l'hypothèque tacite des lois romaines; et, ce qui dans les commentaires sur les hypothèques est une hypothèque, ne peut pas être un gage dans les commentaires sur le gage. Il n'y a donc, en ce point, qu'une différence de mots entre les lois romaines et le Code Napoléon.

Pendant la détention, que sont le droit du dépositaire, le droit du voiturier, celui de l'aubergiste, de l'ouvrier qui a façonné ou confectionné? Autant de gages tacites, suivant M. Troplong. Mais, d'une part, le gage confère un privilége (2073 et suiv. C. civ.); d'un autre côté, le privilége proprement dit suit partout le prix de la chose; enfin, les divers droits ci-dessus énumérés se perdent tous avec la détention; *in rei veritate*, ils se résument donc

tous dans le droit de retenir : *Non res nomini, sed nomen rei subjicitur.*

Que disent là-dessus Voët et Pothier, dont M. Troplong invoque la grande autorité?

Voët nous dit : *Pluribus autem in causis retentio usum invenit. Nam et nauta pro contributione propter jactum retinet ; et venditor donec rei pretium solutum fuerit....; et institor merces sibi à præponente commissas donec sibi solutum sit quod præponens debet. Præcipuè retentioni locus est ob id quod occasione rei retentæ debetur, veluti ob impensas in eam factas, aut opificia vel artificia circà eam præstita. Quâ ratione, fullones, sartores, panni, vestis... retentione sibi rectè consulunt pro mercede vel impendiis factis, uti et magistri navium habent jus retinendi merces pro naulo* (*De compens.*, lib. 16, tit. 2, n° 20).

« Il est nombre de cas où la rétention trouve son emploi. « Car elle appartient, et au navarque sur les effets contri- « buables au jet, et au vendeur non payé, et à l'instituteur « sur les marchandises que lui a confiées le préposant, « tant que celui-ci lui demeure débiteur. Elle a princi- « palement lieu pour ce qui est dû au détenteur à l'occa- « sion de la chose, *v. g.*, soit parce qu'il l'a travaillée ou « mise en œuvre, soit parce qu'il y a fait des impenses. « C'est pourquoi les foulons et les tailleurs ont la rétention « des étoffes et des habits pour leurs salaires, façons et « frais, comme les maîtres de navires celle des marchan- « dises pour le fret. »

Ces paroles de Voët : *retentio usum invenit*, montrent assez quelle était, de son temps, la pratique commerciale. Elle est encore la même ; *retentio usum retinet.*

Quant à Pothier, voici en quels termes il s'exprime :

« Les hôteliers et maîtres de pension ont aussi un pri- « vilége sur les objets qui sont en leur possession pour « les aliments des personnes qu'ils ont logées et nourries ; « car c'est une espèce de nantissement.

« Les voituriers qui ont voituré des marchandises, les « teinturiers qui les ont teintes, ont aussi, pour ce qui « leur est dû, un privilége sur ces marchandises pendant « le temps que dure leur travail.........

« A l'égard des autres ouvriers qui ont travaillé et « façonné quelque chose, je pense que leur privilége (1) « ne dure que tant que cette chose est en leur possession, « et qu'ils n'ont que la rétention de la chose; mais que, « lorsqu'ils l'ont délivrée, ils n'ont plus de privilége. » (*Proc. civ.*, p. 4, ch. 2, art. 7, § 2.)

Quel besoin donc de gage tacite? Où en est la nécessité? La rétention a suffi à tout; elle y suffit encore.

Le droit du commissionnaire sur la chose à l'occasion de laquelle il a fait des avances, quel est-il?

Est-ce un gage tacite, ainsi que M. Troplong l'affirme (*Nantiss.*, n° 42)?

Non. C'est le droit de rétention, celui-là même de l'institeur dont il est parlé dans Voët.

En effet, l'art. 93, qui en a précisé les conditions, n'exige ni consentement exprès, ni consentement tacite ou présumé, ni consentement actuel ou futur. Des avances et une expédition de place en place, comme le dit fort bien la Cour de cassation (V. *suprà*, n° 212), voilà le double fait d'où il naît. La preuve que ce droit est distinct et tout à fait indépendant, quant à sa naissance, de la commission à laquelle, dès qu'il est né, il vient se rattacher, c'est qu'il naît aussi bien de la bonne gestion des affaires d'autrui, dans laquelle il n'intervient aucun contrat. Il naît même rétroactivement au profit du *negotiorum susceptor*, dès que ses agissements sont approuvés (V. notre t. 3, n° 264). Ce droit naît donc sans aucune convention expresse ou tacite. S'il en existait une, ce ne serait plus la rétention; ce serait le gage (V. notre t. 3, n° 229). Or, ce terrible art. 446, qui s'applique au gage, si on l'appliquait aussi à la rétention, métamorphosée, on ne sait pourquoi, en un gage tacite, bientôt aucun commerçant ne consentirait plus à faire des avances qu'elles ne fussent assurées contre cette périlleuse éventualité, et la condition des commettants en serait considérablement aggravée.

(1) Il est remarquable que Pothier se sert ici du mot *privilége* dans le sens générique et large qui lui est donné par notre art. 93.

La législation espagnole et la législation hollandaise ont conjuré ce risque, et avec lui des litiges sans nombre.

En s'appropriant le principe de notre art. 93, le Code espagnol a sagement retranché le mot *privilége*, si fertile, parmi nous, en méprises et en procès ; et, pour qu'il n'y ait aucun doute sur la portée de son article 169, il en a précisé le sens en ces termes : « En conséquence, aucun « commissionnaire ne peut être dépossédé des marchan- « dises reçues en consignation, sans avoir été préalable- « ment remboursé de ses avances, frais et droits de com- « mission (1).

L'art. 84 du Code de commerce hollandais porte : « Un « commissionnaire qui a acheté, pour compte d'un com- « merçant étranger, des marchandises ou effets, et qui s'en « trouve nanti, pourra, outre le droit de rétention qui lui est « accordé par l'art. 1849 du Code civil......, obtenir du « tribunal l'autorisation de vendre, etc...... »

Art. 1849, du Code civil hollandais : « Le mandataire « a le droit de retenir ce qu'il a entre les mains appartenant « au mandant jusqu'à ce qu'il ait été payé de tout ce qui « lui est dû par suite du mandat. » (Traduction de « M. Victor Foucher.)

Ces trois lois étrangères sont-elles la critique de la nôtre ? Assurément non, puisque leur *propositum* est le même que celui de la loi française. Mais il est naturel d'y voir, et, pour notre compte, nous y voyons un commentaire législatif fait à dessein d'obvier aux difficultés que l'interprétation de cette loi avait fait naître en France, et qu'on n'ignorait nulle part (2). Aussi les rappelons-nous comme une preuve surérogatoire que le *privilége* de l'art. 93 n'est ni le privilége, ni le gage, ni, s'il est possible, encore moins un *gage tacite.*

Disons toute notre pensée :

Faute d'avoir fixé un regard assez attentif sur l'art. 281,

(1) Le texte espagnol est transcrit *suprà*, n° 209 *in notis*. Le Code portugais a une disposition toute pareille, et telle est aussi, en Angleterre, la coutume immémoriale (V. Paley, p. 107).

(2) Le Code de commerce espagnol a été promulgué en 1829, et le Code de commerce hollandais, dix ans plus tard.

M. Troplong a cru, comme bien d'autres, sur la foi de Boulay-Paty (1), le seul auteur qu'il cite et qu'il soit possible de citer au soutien d'une pareille doctrine, que le connaissement qui, de la part du capitaine, n'est qu'une obligation de faire, pouvait se vendre ou négocier comme on vend ou négocie une lettre de change, un billet de grosse ; voilà la vérité ; du moins le pensons-nous. Mais nous ne saurions admettre que M. Troplong ait pu croire, un seul instant, que le commissionnaire est sans privilége, s'il n'a pas été rendu propriétaire de la chose qu'il a mandat de vendre ; et, après avoir lu et relu sa savante dissertation sur l'arrêt *Muller*, nous hésitons à croire, nous ne croyons même pas, qu'il y eût donné son assentiment, s'il ne s'était pas persuadé pouvoir l'appuyer sur quelque motif étranger à tous ceux que cet arrêt exprime. Or, ce motif inaperçu, quel est-il ? Du commettant au commissionnaire, la propriété reste au commettant. Mais, du commissionnaire aux créanciers du failli, il faut que le commissionnaire soit *propriétaire apparent*. Cette apparence, contraire à la vérité, est suffisante. Mais elle est nécessaire. Sans elle point de privilége. « Le mandataire est passible de toutes « les exceptions qu'on pourrait opposer au mandant. » (*Nantiss.*, n° 334.)

Ecoutons M. Troplong développer lui-même cette nouvelle théorie.

« ..... Cet argument (celui tiré de la révocabilité du « mandat) ne touche pas, ce me semble, à la véritable « raison de décider, il ne renferme pas le mot de l'énigme, « si je puis ainsi parler..... (N° 333.)

« (N° 334) ..... Ne perdons pas de vue la difficulté. En « règle générale, le gagiste (toujours le gagiste !) doit « être saisi de la possession. S'il n'est pas absolument « nécessaire que cette possession soit manuelle et corpo- « relle, au moins faut-il une possession virtuelle, certaine, « incontestée. Pourquoi le connaissement (2) régulier

(1) Boulay-Paty se borne à énoncer sa proposition sans dire un seul mot pour la prouver.

(2) Il y a ici, pensons-nous, une erreur de typographie. Le ma-

« donne-t-il cette possession ? Parce qu'il investit le porteur de ce connaissement d'un droit qui, au respect de tous, a toute la force du droit de propriété, et lui donne la pleine disposition de la chose..... Bien qu'entre parties la remise du connaissement puisse n'être qu'un mandat, il n'en est pas moins vrai qu'à l'égard des tiers, l'opération a la couleur apparente et l'énergie d'une transmission de propriété. Le caractère de mandataire n'est pas imprimé au porteur, c'est plutôt celui de propriétaire, et les tiers ne pourraient rechercher sa qualité de mandataire qu'en écartant le fait extérieur de l'acte ; ce qui n'est pas permis (Casareg., Disc. 25, nos 7, 8, 9, 10, 11). Le commerce a des nécessités qui lui sont propres ; il exige que les qualités apparentes soient respectées ; en cela repose une partie du crédit commercial. Or, comme celui qui se présente avec un titre de propriété a la disposition de la chose, il s'ensuit qu'il est saisi à l'égard de tous, à l'égard du débiteur qui l'a voulu, à l'égard des tiers qui n'ont pas de suite et qui ne peuvent empêcher que la marchandise ne soit remise à l'arrivée au porteur, sans élever la question de propriété. »

Le commissionnaire, *cet agent si nécessaire à la vie du négoce*, ainsi que le disaient naguère les juges consulaires de Rennes (V. *infrà*, n° 218, *in notis*), fait-il donc un commerce interlope, et ne peut-il jouir de son privilége qu'*en prenant une fausse qualité*, à peu près comme ces industriels dont il est mention au Code pénal, art. 405? Qui pourra le croire après avoir lu l'art. 93? Car enfin, c'est bien au commissionnaire, en sa qualité vraie de commissionnaire, que le privilége est accordé. Pourquoi donc n'en pourrait-il réclamer le bénéfice que sous le masque imposteur de propriétaire ?

Lorsqu'il n'est saisi que par un endossement irrégulier,

nuscrit portait très-probablement *l'endossement régulier du connaissement*. Un connaissement régulier est celui qui est conforme au prescrit de l'art. 281, lequel, vu la nature du contrat, n'exige ni ne pouvait exiger l'expression d'une *valeur fournie*, si ce n'est pour le transport.

le commissionnaire, nous dit-on, n'est pas *sui juris*. Il représente le mandant, et les exceptions opposables à celui-ci lui sont également opposables.

Erreur, inintelligence de la loi.

Commissionnaire de l'art. 91, je n'engage que moi, je n'oblige qu'envers moi, je ne représente donc que moi seul dans le contrat; et dès lors il est conséquent, il est même nécessaire que l'action n'appartienne qu'à moi. Cette action, quel en sera l'effet? Que le prix me sera payé. Or, dans cette exécution du contrat de vente, je ne représente pas plus mon commettant à qui j'ai avancé 45,000 fr., que je ne l'ai représenté dans la formation du même contrat (1), ni que sa caisse, où mon argent est entré, ne représente la mienne de laquelle il est sorti (2). Ainsi, en *me remboursant de mes avances sur la valeur* (le prix) *de la marchandise* (art. 93), j'agis pour moi-même comme j'agissais en les faisant. Néanmoins, quand j'ai vendu, je n'ai pas vendu ma chose, et ce n'est pas pour moi que j'ai agi. J'ai *agi en mon propre nom pour le compte du commettant* (art. 91). Conséquemment, une fois mes avances prélevées sur le prix, je lui suis redevable de ce qui en reste, et il a une action contre moi si je tarde à lui remettre mon compte de vente, ou le reliquat après l'apurement. Telle est l'économie très-bien entendue de l'art. 93. Il nous semble donc avoir défini convenablement le droit ou privilége du commissionnaire en disant, *suprà*, p. 464 : *Le commissionnaire retient la chose pour la vendre, et le prix pour se payer.*

Mais admettons, si l'on veut, contre la vérité du fait, que le commissionnaire représente son commettant à l'é-

(1) V. notre t. 2, n° 16.

(2) Dans une maison de commerce, la caisse personnifie les opérations de cette maison qui consistent à payer et à recevoir des espèces ou du papier numéraire, *v. g.*, des billets de la Banque de France. Pour cet effet, la personne morale qu'on appelle *la caisse* a un compte qui est *débité* de tout ce que la maison reçoit, et *crédité* de tout ce qu'elle paye en ces valeurs.

L'effet de la fiction *qui mandat fecisse videtur* serait-il qu'on a dû débiter ma caisse des 45,000 fr. que j'ai avancés au mandant? Comment faire comprendre cela à mon teneur de livres?

gard de tous ceux avec lesquels il contracte *en son propre nom*, s'ensuit-il qu'il le représente aussi à l'égard de lui-même ? Par exemple, si, consignataire de Salomon qui est venu à faillir, je lui ai fait une avance de 25,000 fr. dont je veux me rembourser sur la valeur de marchandises à lui vendues par Jacques qui les revendique, ce vendeur non payé serait-il recevable à me dire : « A mes yeux vous représentez Salomon ; donc Salomon est réputé s'être fait à lui-même l'avance des 25,000 fr. ? » Est-ce que cela est possible? C'est pourtant ce qui aurait lieu si Jacques pouvait revendiquer la chose sans tenir compte de mon privilége !

En second lieu, la simulation, nous ne dirons pas n'est permise, mais n'est soufferte (1) que si les deux contrats sont également licites, *de contractu licito ad contractum licitum* (Casareg., Disc. 169, n° 12) ; et l'ordre passé avec expression de la *valeur reçue* à un consignataire n'est ni ne peut être autre chose qu'une constitution de gage : *Contractus emptionis*, positâ simulatione, *resolvitur in pignus* (*Ibid.*, n° 2). Or, nous ne saurions trop le redire, si ce gage a été contracté dans les dix jours antérieurs au jugement déclaratif, ou à la faillite reportée, et que les avances fussent faites, l'art. 446 est là qui le déclare de nul effet relativement à la masse. Le prétendu propriétaire ferait donc ici fraude à la loi et aux droits des créanciers. On voit ce que le commissionnaire peut gagner à l'échange de son titre légal et vrai contre de fallacieuses apparences.

Le commerce a des nécessités qui lui sont propres. Sans doute, et plus d'une fois nous avons dû le constater nous-mêmes. Le connaissement, ce morceau de papier tenant lieu d'une riche cargaison qui n'arrivera que dans plusieurs mois; ce commissionnaire envers lequel seul on s'oblige et qui s'oblige seul quoiqu'il agisse pour autrui,

(1) « *Neque enim quod quisque potest, id et licet*, dit Cicéron, dans une de ses philipp., *nec si non obstatur, propterea permittitur*. Quædam permittunt leges (hoc est impunè fieri sinunt), quæ honestati usquèquaque non conveniunt. » C'est la morale résumée dans cette belle loi 144, *De div. reg. jur.* : *Non omne quod licet honestum est.*

en sont de nouvelles preuves; voilà de ces fictions nécessaires, et la loi qui les a créées était dans son droit : *Fictio est legis.* Mais, si l'on respectait le texte de l'article 93 et l'intention qu'il exprime, où serait la nécessité, pour garantir la prérogative du commissionnaire, de le déguiser en propriétaire de la chose qu'il s'est chargé de vendre pour compte! Quel besoin d'une simulation ou fiction (car qui dit l'une dit l'autre) que l'homme n'a pas le droit d'introduire? *Fictio non est hominis.*

Après tout, supposons la loi aussi obscure, aussi vague qu'elle est claire et précise, la nécessité commerciale à laquelle elle n'aurait pas pourvu, serait-il permis d'y pourvoir au moyen d'une parodie de la propriété? Non, mille fois non! La bonne foi, l'abstention de toute feinte, de tous détours, voilà l'âme du commerce et le fondement du crédit commercial. Parmi les auteurs qui ont écrit sur le droit consulaire, on n'en trouverait pas un qui n'ait proscrit la simulation, toujours si voisine de la fraude, ou si propre à la masquer (1). En citer un, c'est les citer tous. Ecoutons Émérigon.

Une mauvaise pratique s'était invétérée à Marseille : « L'obligation des assureurs, dit le célèbre jurisconsulte « commercial, s'opère par leur signature au bas de la « police... Lorsqu'ils payent la perte ou l'avarie, ils se « bornent à rayer leur signature... Mais il arrive quelque« fois que, malgré la cancellation, le payement de sommes « assurées n'est pas effectif, et que les assureurs font leur « billet à l'ordre de l'assuré.

« Si ce billet est causé pour perte d'assurance... et que « le débiteur tombe en faillite, l'hypothèque du contrat « primitif subsiste-t-elle? »

Après avoir exposé au long les raisons alléguées pour l'affirmative passée en usage, Émérigon continue en ces termes :

(1) Simulatio vix unquàm sine dolo est. *Codex Fabrianus*, p. 321, def. *Si, in all.*

« Ces déguisements, ces simulations *ne sentent pas leur bien*, nous « dit Catelan, t. 2, p. 286, et souvent cachent quelque fraude en « cachant la vérité. »

« Malgré ces raisons et cet usage, je persiste dans mon « avis... On ne saurait disconvenir qu'en pareil cas la « cancellation ne soit mensongère. Or, on ne doit jamais « favoriser le mensonge. Il faut que la maison du négo- « ciant soit pleine de vérité et d'équité : *Mercatoris do-* « *mum veritatis et æquitatis plenam esse oportet.* (Strac- « cha, *De mercat.*, part. 1, n° 9.) Ces devoirs, communs « à tous les hommes, sont spécialement attachés à la pro- « fession du commerce. Ainsi, tout ce qui ressent l'astuce, « la duplicité, la simulation, est éloigné du négociant vé- « ritable. Il lui est permis de travailler à sa fortune, « pourvu que la prudence soit sans cesse dirigée par le « devoir. » (*Traité des assur.*, ch. 18, sect. 4.)

Ainsi s'exprimait Emérigon, dans la ville reine du commerce des deux mondes, au milieu de ses concitoyens, séduits par une coutume abusive, mais en apparence innocente, *innocua* (1). Soixante-dix ans plus tard, sa belle morale était solennellement proclamée sur le siége consulaire de Rennes, par le premier président de la Cour impériale ; et, quand ce magistrat adresse la parole à l'un des tribunaux de son vaste ressort, sa parole s'adresse aux juridictions de tous degrés qui y sont exercées sous la souveraine autorité de la grande juridiction du sommet de laquelle il leur parle.

«Vous continuerez, messieurs, à soutenir l'honneur de « cette institution consulaire, instituée, comme le disait, « il y a bientôt trois siècles, le préambule de l'édit de « 1563, instituée *pour le bien public et abréviation de* « *tous procès et différends entre marchands qui doivent* « *négocier ensemble de bonne foi, sans être astreints aux* « *subtilités des lois et ordonnances*. En siégeant au milieu « de vous par le bénéfice de cette solennité exception- « nelle, j'aime à rappeler ces paroles qui vous constituent « les sévères tuteurs de la probité dans les relations com-

(1) **Au fait, elle ne l'était pas. La cancellation et le billet à ordre opéraient novation de la police d'assurance ; la novation éteint la créance, et, la créance éteinte, le privilége s'évanouit sans retour : *Extincta privilegia reviviscere non possunt.***

« merciales, qui font de la bonne foi la loi suprême du « commerce (1). »

Mercatoris domum plenam veritatis et æquitatis esse oportet, nous a dit Straccha. Qu'il nous soit permis d'ajouter *et honestatis*, expression de la loi romaine qui, dans les jugements du tribunal consulaire de Marseille, se traduit en ces mots : *l'honneur commercial.* Or, quoi de plus contraire à cet honneur que le mensonge nuisible à autrui? Si vous avez contracté un gage, subissez la loi du gage, art. 446; *turpe est mentiri.*

Après cela, il pourrait paraître inutile d'examiner si Casaregis enseigne que la question de propriété ne peut jamais être élevée contre le porteur du connaissement (*apochæ onerariæ*). Mais nous devons tant à ce jurisconsulte, notre guide, que c'est un devoir pour nous de montrer que sa doctrine est pure de cette erreur.

Pour l'intelligence du discours auquel M. Trolong nous renvoie sans en transcrire aucun texte, il est essentiel de savoir qu'en aucun cas, si ce n'est par le mandat du juge, le capitaine ne peut délivrer le *chargé* qu'au porteur du connaissement. La raison en est évidente : tant que ce connaissement ne lui est pas rentré, il doit à sa signature, et son obligation subsiste.

Cela compris, voici l'*argumentum* principal (2) du discours 25 dont il s'agit :

« Quand je suis propriétaire d'une marchandise expé« diée à un autre pour mon compte, puis-je le forcer d'agir « dans mon intérêt, ou agir contre lui s'il a reçu la mar« chandise? »

Telle est la double question à laquelle Casaregis applique son principe développé dans notre t. 3, nos 204 et suiv., que le titre peut-être d'un côté, et le domaine de la chose de l'autre : *Nudum nomen*, dit-il (n° 4), *potest esse penès*

(1) Extrait du discours prononcé par M. le premier président Boucly, en audience solennelle du tribunal de commerce de Rennes, tenue sous sa présidence pour la prestation du serment, le 28 avril 1852.

(2) An mercator ad quem merces spectant, licet directæ ad alium, possit illum compellere ut ad sui commodum agat, vel etiàm agere contrà illum ad quem merces pervenissent.

unum, et dominium rei penès alterum. L'auteur répond donc affirmativement, et, par cela même, il décide que le commettant, celui *per conto* de qui la marchandise a été expédiée à un tiers, peut à bon droit non-seulement élever la question de propriété, mais forcer le porteur du connaissement à exiger le chargé, *sibi devallum fieri*, pour le lui remettre.

Mais si le cas de la commission, le cas du *pour compte* exprimé ou sous-entendu, dans lequel le titre est toujours d'un côté et la propriété toujours de l'autre, est le plus fréquent de tous, il en est aussi beaucoup d'autres où il n'y a ni *pour compte* sous-entendu, ni *pour compte* exprimé. C'est pour ces derniers cas que Casaregis a formulé la maxime suivante, qui, prise isolément, pourrait induire en erreur : *Litteræ oneratoriæ ad aliquem transmissæ docent merces ad illum verè spectare* (n° 4); *quibus litteris omninò fides habenda* (n° 5) ; ce qui, dans l'esprit du discours, signifie que le porteur du connaissement, propriétaire ou non, est le seul à qui le capitaine puisse valablement livrer, sauf au vrai propriétaire, la délivrance une fois faite, ou la chose consignée en mains tierces par ordonnance de justice, à se pourvoir par les voies de droit s'il y a eu erreur ou fraude, *v. g.*, si, par collusion ou méprise, le magasinier a embarqué ma marchandise, au lieu d'embarquer celle de Pierre ou de Jacques.

Pour rester dans notre espèce, nous n'examinons pas les autres questions plus ou moins analogues effleurées (1) par Casaregis. Il nous suffisait de prouver que le destinataire, porteur du connaissement, ne peut exciper des

(1) A l'*argumentum* de son disc. 22, ci-dessus transcrit, ce jurisconsulte ajoute : *Ubi alia, licèt breviter, ad materiam spectantia, utilitèr attinguntur*; « où il est parlé brièvement, mais non sans utilité, « de quelques autres points qui ont rapport à la matière. »

Voici le point qui s'en rapproche le plus :

Casaregis décide, n° 7, que celui qui reçoit des marchandises pour les transmettre à quelqu'un, n'est point recevable à prétendre que ces marchandises ne sont pas la propriété de leur destinataire : *Recipiens merces transmittendas, nequit opponere non spectare ad eum cui sunt destinatæ*; et qu'il ne peut les retenir pour quelque cause que ce soit : *Nec potest ex ullà differentià eas retinere* (n° 8 ; ce qui a lieu en toutes sortes de contrats, et chaque fois que le droit de quel-

apparences de la propriété contre le vrai propriétaire pour le compte de qui la marchandise a été chargée ou reçue ; et c'est un point de droit sur lequel l'oracle du droit commercial est formel. Or, cette propriété, l'expéditeur non payé la revendique aussi bien dans la faillite de l'acheteur qu'il aurait pu la redemander à l'acheteur non failli et mis en demeure.

Qu'il soit permis aux tiers d'élever la question de propriété contre le porteur du connaissement, c'est un point de doctrine sur lequel tous les auteurs s'accordent : « Il « est hors de doute, dit Boulay-Paty (t. 3, p. 306), que « les tiers qui ne sont point parties dans le connaissement « ont le droit de le débattre et d'en prouver la fausseté « ou l'inexactitude par toutes sortes de moyens. »

Au reste, l'art. 283 est formel à cet égard ; car, malgré le texte de cette loi, l'assureur lui-même peut être admis à prouver que l'assuré n'étant pas propriétaire de la chose assurée, il n'avait rien en risque à l'époque du sinistre (Pardessus, n° 724) (1).

Quant aux arrêts indiqués (*Nantiss.*, n° 327), nous n'en citerons que trois : ce sont ceux émanés de la Cour de cassation; et comme les arrêts de rejet, relatifs aux intérêts privés, ne sont pas insérés au *Bulletin des arrêts*

qu'un n'est qu'une émanation, une dépendance du droit de celui qui agit : *Amplia generaliter in quolibet contractu, vel ubicumque quis causam habet ab agente* (n°s 9 et 12).

Le n° 10 pose en principe que celui qui a mandat d'exiger, ne peut élever la question de propriété sur la chose reçue : *Procurator ad exigendum non potest refricare quæstionem super exactis*; et il est dit au n° 11 que, pour quelque créance que ce soit, le capitaine ne peut retenir les marchandises, si ce n'est pour le fret : *Magister navis non potest retinere ex quocumque credito merces vectas, nisi propter naulum.*

La raison de toutes ces décisions se présente d'elle-même et si naturellement, que Casaregis a jugé inutile de la dire : il est évident, en effet, que, si je me suis chargé d'exiger, de remettre et de recevoir *pour vous* quelque chose, en contester la propriété, soit à vous-même, soit au destinataire désigné par vous ou pour vous, ce serait, de ma part, violer la foi du mandat. Or, *grave est fidem fallere.*

Les numéros indiqués par M. Troplong sont, comme on l'a vu, les n°s 7, 8, 9, 10 et 11.

(1) Il y a sur ce point, et à sa date au *Journal du Palais*, un arrêt remarquable de la Cour suprême, du 15 février 1826, qui a rejeté le pourvoi de l'assuré contre un arrêt de la Cour de Rennes.

de la chambre civile, nous prenons dans le *Journal du Palais* et dans le recueil de M. de Villeneuve le sommaire de ceux dont il s'agit.

Il en est deux du même jour, 8 juin 1829, et tous les deux ont jugé que « le vendeur qui revendique ses marchandises en cas de faillite de son acheteur, doit rembourser ou laisser rembourser préalablement les avances que le commissionnaire a faites au failli sur ces marchandises. »

Le troisième arrêt, du 1er décembre 1840 (de Vill., 41, 1, 161), décide que « le commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises est censé les posséder dans le sens de l'art. 93, encore qu'elles ne soient pas entrées dans ses magasins, si elles sont entrées dans ceux d'un tiers qui les a reçues au nom et pour compte du commissionnaire... »

Certes, quand M. Troplong a indiqué ces arrêts en preuve que *nul n'a le droit de soulever contre lui* (contre le porteur du connaissement) *des questions de propriété* (*Nantiss.*, n° 327), la pensée de ce jurisconsulte éminent, occupée ailleurs, cédait à l'une de ces distractions auxquelles est parfois sujet tout auteur qui travaille et qui écrit beaucoup.

Et puis, l'homme tend toujours à réaliser ses abstractions; cela est d'expérience. Ce que l'expérience prouve encore, c'est que, à force d'y insister, il finit par les prendre pour autant d'axiomes. Nous sommes tous ainsi faits. La haute intelligence, l'intelligence exceptionnelle de M. Troplong ne pouvait pas le soustraire à la loi commune. Le savant auteur s'est donc tellement préoccupé *d'endossement* translatif *d'une obligation de faire*, et de *gage* tacite, autre impossibilité, que, dans sa brillante dissertation sur l'arrêt *Muller* (1), laquelle ne manque point d'étendue, il ne parle pas une seule fois de l'art. 576, dont cependant les deux premières dispositions ont pour ob-

(1) L'affaire *Muller* était régie par l'ancienne loi des faillites. Mais les commentaires sur le *Nantissement*, publiés en 1847, ont pour objet l'explication du droit qui existe, et non du droit passé. Au reste, les art. 281 et 283 de l'ancien Code sont demeurés les mêmes.

jet, pour objet unique, de dire en quelles circonstances le vendeur expéditeur non payé peut ou ne peut pas revendiquer, ce qui précisément est la grande question. Or, cette loi nous le dit si nettement et en si peu de mots, qu'il n'y a pas à s'y tromper.

En effet, de deux choses l'une :

Ou le vendeur a signé le connaissement, ou il ne l'a pas signé.

S'il l'a signé, et que la marchandise en voyage ait été vendue sur ce connaissement, la revendication lui est interdite, art. 576, 1er alinéa; et alors, n'ayant pas d'action, il ne peut rien objecter contre la teneur de l'endossement, *non est audiendus;*

S'il ne l'a pas signé, l'endossement répétât-il vingt fois, syllabe par syllabe, tout le prescrit de l'art. 137, le vendeur n'en revendique pas moins à bon droit (même alinéa du même article).

Sa revendication ne dépend donc aucunement de la forme de l'endossement du connaissement. Cela est clair comme la lumière du jour.

Nous devons insister; car les principes de M. Troplong et les nôtres, sur la nature, la cause et les effets du droit de retention ou privilége des commissionnaires (art. 91 et 93), ne peuvent pas coexister. En outre, s'il était vrai, par exemple, que le connaissement, titre d'une obligation de transporter des marchandises d'un lieu en un autre, fût un papier de crédit, un effet négociable, vendable, auquel il fallût appliquer l'art. 137 sur l'endossement *translatif* de la lettre de change; que le commissionnaire de bonne foi, qui s'est mis en avances, devînt tacitement un gagiste en butte aux soupçons et à la sévérité de l'art. 446; et que son privilége ne s'étendît qu'aux seules marchandises *en contemplation* desquelles il a fait des avances; si tout cela était vrai, comme M. Troplong le pense et l'enseigne; s'il était vrai qu'après avoir placé le commissionnaire pour vendre dans le péril incessant de perdre ses avances comme prétendu gagiste, M. Troplong eût eu raison d'enseigner que le commissionnaire expéditeur de la marchandise achetée de ses deniers, et non encore

arrivée, n'est que simple créancier dans la faillite du commettant, erreur tellement dangereuse que sa réfutation sera l'objet spécial de la section qui va suivre; cet enseignement. s'il pouvait prévaloir, aurait bientôt aboli les consignations, surtout les consignations lointaines, et tari la source des expéditions maritimes.

219. — Mais, avant de terminer la présente section, nous devons mettre en regard de l'arrêt *Muller*, auquel M. Troplong donne son assentiment, un autre arrêt de la Cour suprême (Ch. des req.) du 6 décembre 1852.

Cet arrêt a jugé que « le porteur d'un connaissement « irrégulier (1) peut, comme lorsqu'il s'agit d'une lettre « de change, prouver, à l'encontre de l'endosseur, qu'il a « fourni la valeur du titre passé à son ordre, et que, si cet en- « dosseur tombe en faillite, il jouit de la même faculté à l'é- « gard des créanciers de la faillite, qui représentent le failli. »

L'arrêt suppose, il est vrai, que le connaissement est un effet négociable, un papier vendable, ni plus ni moins qu'une lettre de change, ce qui fait voir que la Cour n'est pas encore revenue de cette erreur. Mais du moins y a-t-il tendance à la rectifier. En effet, si le porteur d'un connaissement est recevable à prouver contre son cédant non failli et même contre les créanciers de son cédant failli, par d'autres moyens que le texte de l'endossement, qu'il a fourni une valeur, on ne voit pas de raison pour que le commissionnaire ne le soit pas à prouver de même qu'il a fait des avances, ce qui, à son égard, rendrait à peu près inutile l'énonciation de la valeur fournie. Le plus souvent, en effet, presque toujours, la preuve des avances est toute faite. C'est d'ailleurs une condition *sine quâ non* du privilége; et qui peut avoir l'idée de prétendre à un privilége sans créance?

Mais, dans le même arrêt, la Cour de cassation suppose, ou, plus exactement, continue de juger que, s'il est permis au porteur de prouver la valeur fournie à l'encontre des créanciers du failli, c'est parce que ceux-ci

(1) Dans l'espèce, qui n'exprimait pas *une valeur fournie*.

représentent le failli. Or, c'est là une erreur mise en évidence *suprà*, nos 76 et suiv., et non moins bien démontrée dans le jugement du tribunal civil de Paris, rapporté *suprà*, n° 216 ; inutile d'y revenir.

220. — La doctrine et la jurisprudence ont encore essayé d'introduire une distinction :

Est-ce le syndic qui conteste le privilége du commissionnaire, le privilége existe nonobstant l'irrégularité de l'endos.

Mais, si ce privilége est en combat avec la revendication du vendeur, et que l'endos du connaissement n'ait pas exprimé une valeur fournie, le droit du vendeur l'emporte.

Cette distinction ne repose sur rien. Le privilége du commissionnaire existe ou il n'existe pas, et, s'il existe, il existe le même à l'égard de tous. De savoir quand il existe ou non, c'est, comme on vient de le voir, n° 219, la chose du monde la plus simple :

Le vendeur a-t-il signé la facture et le connaissement sur lesquels la marchandise en voyage a été revendue, plus de revendication recevable ;

Ne les a-t-il pas signés, il revendique s'il veut.

A quelles conditions?

Ici encore la loi distingue :

Ou le failli n'a ni vendu ni consigné (1), et alors c'est *à la masse que le revendiquant est tenu de rembourser*, outre *les à-compte par lui reçus*, *toutes avances faites pour fret ou voiture*, *commission*, *assurances ou autres frais*, art. 576, 2e alinéa;

Ou le failli avait consigné, et, dans ce cas, il (le revendiquant) est *tenu de payer les sommes dues pour mêmes causes*, même alinéa.

A qui?

Évidemment au consignataire qui les a déboursées, même alinéa, *in fine*, et rien n'est plus juste ni plus ra-

(1) Qui peut aliéner peut, à plus forte raison, consigner : *Non debet cui plus licet, quod minùs est non licere* (L. 21, D., *De reg. jur.*).

tionnel. Car, ce que M. Troplong dit du sous-consignataire (n° 253), peut, à aussi bon droit, être dit du consignataire : si le failli *eût fait les avances de ses deniers*, le revendiquant serait tenu de les rembourser à la masse. *Quelle est donc la raison* qui le dispenserait de payer *à la place* du failli *celui qui a payé à sa place?*

Qu'on en vienne donc enfin à l'exécution de l'art. 576 qui semblerait n'être au Code que pour le numérotage. Nous pourrons y perdre des discussions pleines d'intérêt et d'érudition ; mais la revendication du vendeur ne donnerait plus lieu à ces nombreux litiges qu'on voit périodiquement grossir les recueils de jurisprudence, et c'est aussi quelque chose.

Les derniers mots de cette loi, premier alinéa (l'amendement Meynard), entraînent, sans doute, les inconvénients signalés *suprà*, n° 207; mais du moins laissons-leur la seule utilité qu'on puisse en attendre, la diminution des procès.

221. — Comme le commissionnaire a eu à défendre son privilége contre la revendication du vendeur, ainsi le vendeur a eu à défendre sa revendication contre le privilége des douanes.

La douane, a-t-on dit pour cette administration, est placée sous le seul empire de la loi civile, et le juge civil est son seul juge compétent. Soustraite ainsi aux lois et à la juridiction commerciales, elle est placée en dehors de la faillite. Le failli, quoique failli, n'en demeure pas moins sous la contrainte de la régie, et tous ses biens répondent de sa dette. Dans cette position exceptionnelle faite à la douane, comment l'art. 576, spécial à la faillite, lui serait-il opposable?

Ce système ayant triomphé en première instance (1) et en appel (2) dans l'affaire du sieur Gebhard, de Livourne, qui avait vendu et expédié à crédit six barriques de saindoux au sieur Marius Thian, de Marseille, lequel était

(1) Devant le juge de paix.
(2) Devant le tribunal civil.

venu à faillir avant l'arrivée des marchandises, Gebhard se pourvut devant la Cour suprême. Les motifs de l'arrêt du 12 février 1844 (1) peuvent ainsi se résumer :

Que la douane ne soit soumise, ni à la juridiction, ni à la loi des commerçants, *quid indè?* Elle ne peut se soustraire à sa propre loi. Par conséquent, si cette loi a réservé à quelqu'un la revendication de sa marchandise, ce droit, indépendant de toute juridiction, ne cesse pas d'exister parce qu'il est exercé devant tel ou tel juge. Or, la loi du 6 août 1791 interdit bien la revendication des objets saisis pour fraude et contravention ou confisqués ; mais, hors ces cas, elle autorise « la revendication dûment for« mée par le propriétaire de marchandises encore sous « balles et sous cordes (2). »

Nous n'ajouterons rien à un arrêt si sage et si bien motivé. Au reste, la question ne s'est plus reproduite, du moins que nous sachions, et très-probablement ne se reproduira-t-elle plus. La régie aura compris qu'en fait de procès pareils, bien mieux vaudrait pour elle les perdre que les gagner.

222. — L'on vient de voir le vendeur contester au commissionnaire le droit de retenir, et la douane dénier au vendeur le droit de revendiquer.

Voici survenir une autre prétention, celle du porteur de traites, desquelles la provision était la marchandise consignée et revendiquée.

La question à décider naît de la jurisprudence combattue, t. 5, n[os] 258 et suiv.

Une espèce la fera paraître sous un nouveau jour et résumera toute la matière.

Ayant acheté de Roboam un parti de cuirs de Buénos-Ayres, Jacques les consigne à Salomon, qui, sur la réception du connaissement, lui fait une avance de 30,000 fr. ; Jacques tire en outre, sur son consignataire,

(1) *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cass.*, 1845, p. 66.
(2) Art. 22 de la loi ci-dessus citée.

à une échéance convenue avec lui, une traite de 20,000 fr. qu'il négocie à Ibrahim.

Avant l'arrivée du navire et l'échéance de la traite, faillite de Jacques, acheteur et commettant.

Le vendeur Roboam prétend exercer la revendication; Ibrahim, porteur de la traite, réclamer le chargement à titre de provision; le consignataire Salomon, retenir la marchandise jusqu'à remboursement de ses avances et autres frais.

C'est un triple débat où le vendeur et le porteur, après s'être alliés contre le commissionnaire, se séparent pour s'entre-combattre.

Plaidoyer du vendeur :

L'art. 576 du Code de commerce m'accorde la revendication si, avant leur arrivée, les marchandises n'ont pas été vendues sur facture et connaissement *signés par l'expéditeur*. Or, ce cas s'étant réalisé, la revendication, droit de reprendre ma marchandise en quelques mains qu'elle se trouve, implique de deux choses l'une : ou que je n'ai pas cessé d'être propriétaire, ou que, la vente étant résolue *faute d'exécution* (1), je suis rentré dans ma propriété : *Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.* Il en résulte donc que tout ce qui a été fait par Roboam est de nul effet en ce qui me concerne : *Nihil actum est.*

Par conséquent, Jacques ne pouvait pas plus conférer de privilége à son commissionnaire sur ma chose, que l'affecter, à titre de provision, au porteur de la traite.

A l'appui de cette doctrine, le vendeur invoque la grave autorité de M. Troplong : « ..... La revendication, dit le savant auteur, est fondée sur le droit de « propriété. Elle ne peut appartenir qu'au propriétaire « qui a consigné sa chose à un commissionnaire, ou à celui qui, ayant vendu sans être payé, est en quelque « sorte censé n'avoir pas pleinement abdiqué sa pro- « priété, ou ne l'avoir abdiquée que sous une condition « résolutoire. (*Nantiss.*, n° 366.) »

(1) Répert. méth. et alph., v° *Faillite*, n° 1244.

Plaidoyer du porteur Ibrahim :

Mon droit à la provision repose sur une jurisprudence depuis longtemps établie, et qu'on ne conteste plus en nul endroit, si ce n'est dans le *Traité de la Commission* dont les auteurs contestent tout systématiquement. Prouver cette jurisprudence ou la nier serait donc peine inutile (1). Elle est ainsi résumée, et parfaitement résumée, dans le *Répertoire méthod. et alphab.* (v° *Comm.*, p. 41, n° 166 ; v° *Eff. de comm.*, n° 231) : « C'est, non à titre « de privilége, mais à titre d'appropriation ou de trans- « mission, que la provision est affectée au porteur. »

Roboam a vendu et livré, que faut-il de plus pour se dévêtir de la propriété?

S'il n'a signé ni la facture, ni le connaissement, s'ensuit-il que la propriété soit demeurée par devers lui? Il s'ensuit seulement que, si Jacques eût revendu la marchandise, Roboam aurait pu la saisir *in transitu*, et la retenir jusqu'à parfait payement (V. *suprà*, p. 203) ; mais ce droit est lui-même une preuve éclatante de la transmission de la propriété. Le contrat de vente subsiste si bien que, dans la même hypothèse et malgré la saisie, le syndic eût été en droit de forcer la délivrance en offrant au vendeur le prix convenu entre celui-ci et le failli (art. 578).

Jacques étant donc devenu propriétaire, il a valablement affecté la marchandise à mon payement par le seul fait de l'émission de sa traite (*ibid.*, v° *Eff.*, p. 141) ; et il me l'a affectée à titre d'appropriation. Elle est en troisième main. Comment la revendication procéderait-elle? Meubles n'ont pas de suite (M. Troplong, *Nantiss.*, n° 36). L'admettre en pareille circonstance, ne serait-ce pas frapper la lettre de change d'un discrédit mortel, et paralyser l'instrument le plus usuel et le plus utile des transactions du commerce?

Objet d'une double attaque, le commissionnaire la repousse par une double argumentation.

Plaidoyer du commissionnaire contre le porteur :

(1) V. dans notre t. 5, n° 259, les monuments de cette jurisprudence.

La marchandise à moi consignée, est dites-vous, la provision de votre traite et vous est *affectée à titre d'appropriation ou de transmission.*

Jusqu'à présent nous avons cru, et nous croyons encore, que transmission et appropriation ont, dans la langue du droit, une même signification. Y mettez-vous quelque différence? Le mot *affecté* porterait à le croire. Car on dit très-bien affecter une chose au payement d'une dette. Mais celui qui transmet sa chose, c'est-à-dire, qui, en l'aliénant, a cessé d'en être le maître, à quoi pourrait-il l'affecter?

Si donc votre langage a un sens, il signifie ou que vous prétendez à un privilége sur la provision, ou que vous en réclamez la propriété.

Or, entendez-vous être privilégié, ne parlez pas d'appropriation. Le privilége en est exclusif. Mais vous n'en avez aucun (V. t. 5, n° 287). Après tout, fussiez-vous privilégié, je le suis autant pour le moins, à coup sûr plus expressément, art. 93, et de plus je possède (t. 3, n° 231, et *suprà*, p. 527).

Entendez-vous être propriétaire de la marchandise consignée, provision de la traite? Vous n'eûtes jamais ni titre translatif (t. 5, n° 265 et suiv.), ni possession de la chose que vous dites la vôtre. Or, nulle approbation possible d'une marchandise sans tradition et sans une juste cause de la tradition (t. 4, n°s 13, 132; t. 5, n°s 2, 3, 7, 16; *suprà*, n° 89).

Ainsi, privilége ou propriété, choisissez. Dans l'un comme en l'autre cas, votre prétendu droit n'est qu'une illusion (1).

Plaidoyer du commissionnaire contre le vendeur :

Il est un fait certain, c'est que vous avez vendu et livré *cum animo transferendi dominii*; car, non-seulement vous avez livré la chose au capitaine pour qu'il la remît à Jacques (V. t. 4, n° 129), mais vous avez remis à Jacques lui-même le connaissement, représentation de cette chose

(1) V. dans notre t. 5, n°s 284 et suiv., les divers systèmes enseignés sur l'attribution de la provision, et la réfutation de la jurisprudence sur ce point de doctrine.

pendant tout le voyage. L'aliénation étant donc consommée, mon droit de rétention ou privilége, *uti volueris*, est né spontanément (*absque ullâ conventione*) de ce double fait, que nous avons reçu, moi son connaissement, lui mes avances (art. 93).

Le droit de revendiquer, dites-vous, implique que vous n'avez pas cessé d'être propriétaire. Cela signifierait que vous avez vendu et livré sans abdiquer la propriété. Entendue de cette manière, la revendication de l'art. 576 serait un non-sens. Car, si les achats et ventes avec tradition n'ont plus pour effet l'acquisition et le transport de la propriété, ils n'ont donc plus aucun objet : *Emptiones jure gentium comparatæ sunt ad acquirenda rerum dominia* (L. 5, *De just. et jur.*; Faber, ad leg. 80, D., *De contrah. empt.*).

Votre vente serait-elle résolue *faute de payement du prix*, comme il est dit au *Répertoire méthodique et alphabétique?* Une pareille prétention supposerait nécessaire que la vente est parfaite; car, comment une vente qui n'existe pas pourrait-elle se résoudre? *Quæ enim venditio sub conditione resolvitur, eam purè contractam fuisse necesse est* (Faber, ad L. 3, D., *De contrah. empt.*). D'ailleurs, la résolution pour défaut d'exécution ne s'opère pas de plein droit (art. 1184 C. civ.); et, par suite, elle n'atténue en rien les droits acquis aux tiers dans l'intérim (V. *suprà*, n° 188).

Prétendriez-vous, avec quelques auteurs, que le payement du prix est une condition suspensive de la vente, et qu'il n'y a pas aliénation que le prix ne soit payé? Si telle est votre entente, ne parlons plus de condition résolutoire, car la condition suspensive étant défaillie, la vente n'existerait pas, *non consisteret*, et n'aurait jamais existé. Mais qui ne voit l'erreur (V. t. 4, n°s 192 et suiv.)? C'est le consentement réciproque sur le prix et non la numération du prix qui parfait l'achat, *non pretii numeratio sed conventio perficit emptionem* (1), comme c'est la tradition de la chose qui consomme la vente : *Perfici-*

(1) L. 2, § 1, D., *De contrah. empt.*

tur venditio consensu, impletur traditione (Faber, *ad eumd. tit.*). Sans aucune autre sûreté que la foi de Jacques, vous lui avez livré la chose et fait crédit du prix. Cela peut être généreux, si surtout vous n'avez pas stipulé un prix compensatoire de la générosité; mais, par rapport à moi, c'est toujours une faute dont vous seul devez souffrir; car, sans votre fait, Jacques n'eût rien consigné, ni moi rien avancé: *Qui dat causam damno, illud præstare debet.*

Revenons au vrai : tant que les marchandises sont en route et non vendues, comme il est dit en l'art. 576, le vendeur expéditeur non payé est en droit de les saisir, c'est-à-dire, d'en reprendre la possession, et de ne les délivrer que contre payement. Mais c'est à la charge de désintéresser le porteur du connaissement s'il a une juste cause d'exiger la délivrance des marchandises arrivées, et de les retenir. Le principe *Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, n'a d'application qu'aux immeubles (1). Quant aux meubles, il y a évidemment incompatibilité entre ce principe et l'art. 2279 du Code Napoléon, d'après lequel, « en fait de meubles, la pos- « session vaut titre. »

Le dépositaire ou le créancier gagiste qui abuse de la confiance, soit du débiteur, soit du déposant, peut valablement donner le gage ou le dépôt en gage à son propre créancier, ou même l'aliéner. A plus forte raison, un acheteur à terme qui est livré peut-il, sans avoir payé son vendeur, consigner la chose pour être vendue, et recevoir des avances remboursables sur le prix de cette chose (V. *suprà*, nos 178, 180, et *Annales* de M. Le Hir, 1847, p. 28). Quelle sécurité le système contraire laisserait-il au commerce? Il n'est pas écrit sur la marchandise qui en est le propriétaire, ni si elle est une propriété *in pendenti*, ou résoluble sous telle ou telle condition. *Ad possidentes res possessæ pertinere præsumuntur* (Casaregis, Disc. 211, n° 31). Voilà le principe tutélaire du négoce et le *palladium* du crédit commercial.

Sur tout cela, *quid juris?*

(1) V. Merlin, *Question de droit*, v° *Revendication*, § 7

Au fond des choses, des trois prétentions opposées, l'équité n'en repousse aucune; car, au fond des choses, il est toujours conforme à l'équité qu'un créancier légitime soit payé (V. *suprà*, n° 90). Les trois causes sommairement plaidées sont donc favorablos. Mais le sont-elles au même degré? *Hæc est summa rei.*

Eh bien! à notre avis, il en est une préférable, et le *potior* ici, c'est le commissionnaire.

Les deux autres créanciers, l'un du prix de la traite, l'autre du prix de la chose, ont suivi la foi du débiteur, *fidem habuerunt de pretio*, et ne possèdent rien. Il n'en est pas ainsi de Salomon. Ce consignataire a plutôt fait confiance à la marchandise qu'au marchand, *merci magis credidit quàm mercatori* (L. 5, § 15, D., *De tribut. act.*). Or, c'est là le crédit précautionné que la loi commerciale encourage, celui qu'elle protége spécialement. Le crédit aventureux ne donne qu'une action personnelle (V. *suprà*, n°s 174 et 209); et même, en certaines circonstances, il peut conduire le prêteur devant un tribunal répressif, art. 586, n° 1 (1). Il n'est donc pas permis de déposséder Salomon au profit de compétiteurs qui ont été moins prudents que lui (V. *suprà*, n° 209). Leur condition et la sienne *ne sont pas égales* (V. *suprà*, n° 218, *in notis*). Il a de son côté la plus grande équité qui doit toujours être préférée à la moindre : *Major æquitas semper prævalet minori* (Casareg., Disc. 120, n° 46).

Des principes formulés, *suprà*, n°s 88, 89, celui-ci est le seul qui n'eût pas encore reçu son application, réservée pour cet endroit; et l'on voit qu'il se lie à cet autre principe de l'oracle du droit commercial: *Nullus est casus, nulla dispositio, quæ retentionis exclusionem percutiat.* Dans le droit bien appliqué, toutes les vérités s'enchaînent.

Réciproquement, l'erreur naît de l'erreur, ou vient fatalement y aboutir. Sans cela, qui pourrait expliquer com-

(1) Prêter sa signature à quelqu'un, c'est-à-dire, s'engager pour lui, et lui prêter son argent, sont, dans le commerce, *quod unum et idem*.

ment un jurisconsulte dont le profond savoir ne peut être comparé qu'à son éloquence et à sa merveilleuse sagacité, a été conduit par la force secrète des choses à cette dernière conséquence d'une première erreur (*le gage tacite*) : qu'un droit juste en soi, un privilége d'utilité publique et écrit au Code en toutes lettres (art. 93), ne saurait être exercé qu'à la faveur d'une supercherie que désavoue *la bonne foi, loi suprême du commerce* (V. *suprà*, n° 218).

SECTION 5. — De la revendication ou *stoppage in transitu* qu'est en droit d'exercer le commissionnaire sur les marchandises par lui achetées de ses deniers, d'ordre et pour compte d'un commettant venu à faillir avant le *stoppage*.

SOMMAIRE.

223. Trois vérités acquises dans le droit des faillites après controverses; leur récapitulation; arrêt de la Cour de cassation conforme à l'esprit des art. 93 et 576; l'erreur du motif de cet arrêt, déjà signalée par les auteurs, est reconnue par M. Troplong.

224. Théorie de M. Troplong sur la revendication de l'art. 576; cette revendication étant fondée, suivant lui, sur le droit de propriété, il en conclut qu'elle n'appartient pas au commissionnaire acheteur.

225. Réfutation de ce système par les argument proposés en 1807 devant le Conseil d'État et le Corps législatif, pour et contre la revendication, et reproduits en 1835 devant les Chambres constitutionnelles.

226 En quoi et pourquoi l'art. 576 est contraire aux principes et à la raison du droit; cet article et l'art. 93 constituent un système protecteur du crédit commercial mobilier; quel est le propre des lois démonstratives; au point de vue de la circulation des capitaux et des marchandises, similitude entre le vendeur expédiant à crédit sa propre chose, et le commissionnaire qui expédie à crédit la chose achetée pour compte et payée de ses deniers.

223. — Trois vérités de la plus haute importance dans le droit consulaire, et principalement dans le droit des faillites, semblent enfin sortir victorieusement des longues controverses dont elles ont été l'objet :

1° Malgré le mot *privilége* qui, selon son acception juridique, devrait se restreindre, dans notre art. 93, au commissionnaire pour vendre, lequel y est seul désigné, *cet article n'est nullement limitatif, mais seulement démonstratif du cas qui se présente le plus fréquemment.* C'est ce qu'a très-bien dit un jugement du tribunal de commerce de Rennes, rendu en 1856.

Et ce n'est pas ici l'effet d'une imprévoyance. Bien au contraire. C'est pour ne laisser, sans y avoir pourvu, aucun des cas semblables à celui qu'il exprime, que l'art. 93 n'en a exprimé qu'un seul. Quelle que soit l'époque où une loi pareille est portée, il existe un fait qui nécessairement en devient la base : par ses avances et déboursés, le commissionnaire, *in genere*, est et sera toujours, comme il l'a toujours été, *un agent nécessaire à la vie du négoce* (1). C'est une donnée qui ne peut pas tromper. Elle

(1) V. *supra*, n° 218, *in notis*. V. aussi un arrêt de la Cour de cass. du 18 mars 1855 (*Gazette des Tribunaux* du même jour), par lequel il est jugé « que le privilége que l'art. 93 confère au commission« naire ne se restreint pas aux marchandises dont l'envoi annoncé

est aussi sûre que le retour du soleil chaque jour sur l'horizon. Mais d'écrire *speciatìm* la nomenclature de tous les mandataires commerciaux qui existent à présent, ou que produiront un jour, soit l'extension du commerce, soit les progrès des sciences et de l'industrie, soit le mouvement perpétuel des affaires humaines, ou toutes ces causes ensemble, ce serait chose impossible. *Comment concevoir et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler?* Cependant *les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites* (1). L'art. 93 a donc été fait de la seule manière dont on pût le faire pour ne pas exclure, par une prétérition forcée, une foule de mandats futurs et de mandats actuels, mais sans dénominations propres, qu'il fallait y comprendre implicitement. Il en est de même de l'art. 576 qui, lui aussi, n'exprime qu'un seul cas, prototype régulateur de ceux qu'il n'exprime pas et qu'il n'aurait pu exprimer tous. *Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* (2). En un mot, nos deux lois marchandes sont du nombre de celles dont il est dit au Digeste, L. 12, *De legib.*: *Non possunt omnes articuli singillatìm legibus comprehendi : sed cùm in aliquâ causâ sententia earum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere debet* (3). Voilà par quel procédé le *negotiorum gestor* qui a fait des avances à la chose d'autrui bien gérée est justement assimilé au commissionnaire, quoiqu'il ne soit pas nommé dans la loi des faillites; et il en est ainsi du *negotiorum susceptor* approuvé en temps utile: *Ubi eadem ratio, ibi et idem jus.* Ce principe de bon sens est la clef des art. 576 et 93.

2° Quelque chose de bien positif encore, c'est que, nonobstant le mot *revendiquer* introduit dans l'art. 576,

« a motivé l'avance d'une somme déterminée, mais s'étend à toutes « les marchandises provenant des opérations que le commissionnaire et le négociant ont coutume de faire l'un avec l'autre. »

(1) Disc. prélim. du Code civil, Fenet, t. 5, p. 467.

(2) *Id.*, *ibid.*, p. 470.

(3) « L'office de la loi est d'établir des principes féconds en conséquences, sans entrer dans le détail........ C'est au magistrat « et au jurisconsulte à en diriger l'application » (Disc. prélim., Fenet, t. 1, p. 470).

le droit réglé par cette disposition n'est nullement, pour le vendeur, l'exercice du droit de propriété, mais le *jus singulare* (1) de ressaisir la possession de la chose, et de se placer dans la position où il serait s'il eût vendu sans livrer (V. *suprà*, n° 188).

3° Enfin, l'esprit de ces deux lois, c'est-à-dire leur motif et leur fin sont, d'une part, la faveur due au commerce *ob utilitatem publicam* (2), et, d'un autre côté, l'encouragement du seul crédit mobilier que la loi veuille protéger particulièrement. Tout prêteur qui n'a pas prêté sur hypothèque n'a qu'une action personnelle. Si le prêteur a prêté sur gage, il est rigoureusement soumis à la loi civile, à des formalités minutieuses, propres au gage, et qui répugnent au négoce. L'action *directe* ne lui appartient même pas; elle appartient au débiteur. Ce n'est donc pas le prêt que la loi consulaire prend sous sa protection spéciale. Ce sont les avances du commissionnaire et la vente à terme suivie de l'expédition, laquelle implique aussi une avance.

Or, en fait de marchandises, *acheter pour revendre*, c'est tout le commerce. Celui donc qui, ayant déboursé le prix de la chose par lui achetée d'ordre et pour compte d'un commettant, lui expédie cette chose à crédit, ne contribue pas moins *à la vive circulation des capitaux et des marchandises* que le propriétaire qui expédie ce qu'il a vendu à terme. Aussi n'avons-nous pas hésité à poser en principe, t. 3, n° 235, que la revendication de l'art. 576 appartient aussi bien au commissionnaire pour acheter qu'au vendeur expéditeur lui-même; et nous avons ajouté que son droit est fondé sur *la coutume commerciale* et sur l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation (ch. civ.), du 14 novembre 1810 (*J. du Pal.*, 1810, p. 642). Toutefois, le motif de cet arrêt nous ayant paru fautif, nous avons dû en signaler l'erreur : la revendication du commissionnaire pour acheter ne dérive pas plus d'une subrogation aux droits de son vendeur, comme la Cour le sup-

(1) L. 16, D., *De legib.*
(2) Faber, *Ration* ad dict. leg. 15, *De legib.*

pose, que la revendication du vendeur n'est l'exercice du droit de propriété. Mais, si nous avons combattu le motif d'une décision très-sage en soi, nous l'avons fait uniquement dans l'intérêt des principes; car, à tout prendre, qu'importe au commerce, qu'importe au commissionnaire pour acheter, par quel motif, conforme ou contraire aux règles du droit, la revendication de celui-ci est admise? C'est de quoi ils n'ont point à s'occuper. « La loi commerciale a ses maximes et ses statuts à côté de la loi civile. « Non-seulement elle a ses statuts écrits, elle a aussi ses « usages traditionnels que l'on ne trouve pas formulés « dans le Code de commerce, mais qui vivent dans la « pratique. Ces usages sont aussi respectables pour les « tribunaux que les textes les plus formels du Code civil « et du Code de commerce. Qu'importe qu'ils ne soient « pas codifiés et rédigés par écrit? Le législateur n'aurait « pu suffire à leur infinie variété. » (M. Troplong, *Nant.*, préf., p. VII et VIII.)

Ce qui est vrai, ce qui est conforme à l'esprit de la loi et suffit à son objet, c'est que la double tradition que la double expédition constitue est faite de plein droit sous la condition rescisoire énoncée en l'art. 576 : *Si le propriétaire vient à faillir avant la fin du voyage, et que, auparavant, il n'ait pas vendu sans fraude.*

Quant au motif de la Cour suprême, M. Troplong est entièrement de notre avis (*Nant.*, n° 354). Mais sur tout le reste, sans en excepter le dispositif de l'arrêt, plus conforme à l'art. 576 que son motif et cette loi elle-même ne le sont aux principes du droit, nous ne pouvons pas nous entendre, et cela par la raison du monde la plus péremptoire, une radicale incompatibilité entre sa doctrine et la nôtre sur la nature et les effets de la revendication dont il s'agit. Selon nous, cette revendication purement nominale est une extension du droit de rétention; suivant M. Troplong, c'est la revendication d'un propriétaire. La différence est du tout au tout; et dans la conviction où nous sommes que nos principes attaqués sont vrais, qu'ils sont les seuls vrais, nous devons prendre en main leur légitime défense.

224. — Voici la théorie du savant commentateur :

Conformément au principe de Doneau, traduit *suprà*. n° 209, *in notis*, M. Troplong a fait ce que doit faire tout jurisconsulte qui s'est imposé la tâche difficile de *diriger l'application des lois* (Disc. prélim. C. civ.) : il s'est demandé quel est *l'esprit général* (*Ibid.*), c'est-à-dire la raison déterminante, le *propositum* de la revendication introduite par l'art. 576; et sa théorie, il la présente comme une conséquence nécessaire de la position du commissionnaire acheteur comparée avec celle du vendeur direct, lorsqu'ils ont, l'un et l'autre, expédié à crédit.

« La revendication, nous dit-il, est fondée sur le droit « de propriété. (*Nant.*, n° 360.)

« Si la revendication n'était pas fondée sur le droit de « propriété, si elle ne reposait que sur la possession, elle « ne serait pas admissible dans les circonstances prévues « par l'art. 576 du Code de commerce; le vendeur n'a « plus la possession; il a expédié la marchandise; il n'a « pas fait le connaissement à son ordre; il n'a pas gardé « la lettre de voiture; il fait voyager la marchandise aux « risques de l'acheteur; il l'a livrée. Mais qu'importent « ces circonstances? Elles ne seraient susceptibles d'être « prises en considération que si le droit du vendeur était « basé sur la possession; or, il est fondé sur la propriété, « et dès lors, ces faits sont sans gravité. Sans doute, il y « a eu tradition. Mais tant que la tradition n'a pas placé « la chose vendue dans les magasins de l'acheteur, tant « que la tradition n'a pas été poussée à ce degré qui fait « que la chose entre dans le mouvement commercial dont « l'acheteur est l'agent, et apparaît à ses créanciers comme « leur gage (1), elle n'est pas la tradition qui prive le « le vendeur de tout recours et épuise son droit de pro- « priété...... (*Nantiss.*, n° 367.)

« Que si du vendeur nous passons au commissionnaire, « quelle différence vient frapper nos regards!!! Le droit « du commissionnaire ne dérive pas de la propriété,

(1) Nous avons démontré l'erreur de cette considération *ad movendum*, *suprà*, n° 211, *in fine*. Nous n'y reviendrons pas.

« il ne dérive que de la possession. Gagiste, il n'a de pré-« rogative contre les tiers qu'à une condition essentielle, « c'est d'être saisi; c'est d'être en possession. Eh bien! « la possession, il ne l'a pas....... (*Ibid.*, n° 68).

« La revendication étant fondée sur le droit de pro-« priété, elle ne peut appartenir qu'au propriétaire qui a « consigné sa chose à un commissionnaire, ou à celui qui, « ayant vendu sans être payé, est en quelque sorte censé « n'avoir pas pleinement abdiqué sa propriété, ou ne l'a-« voir abdiquée que sous une condition résolutoire (1). « Or, le commissionnaire n'est pas propriétaire.......... « (*Ibid.*, n° 366).

« .... Le commissionnaire n'est pas un vendeur. Le « vendeur a pour lui le droit de propriété, qui parle tou-« jours si haut, et qui mérite tant d'égards et de ménage-« ments. Le commissionnaire n'est pas propriétaire. « Ce n'est que par un inadmissible effort de subtilité « qu'on égalise deux positions aussi diverses (*Ibid.*, « n° 365). »

A part les considérations secondaires, qui ne doivent entrer pour rien dans l'analyse d'un raisonnement, voici le fondement unique et le résultat net de la théorie exposée : après avoir vendu sa marchandise pour un prix convenu; après l'avoir livrée matériellement pour le compte de l'acheteur au capitaine qui s'est obligé envers celui-ci *personnellement* (art. 283) à la lui remettre; enfin, après l'avoir livrée par la remise du connaissement à l'acheteur lui-même sur lequel il s'est déchargé des risques, et la lui avoir expédiée à crédit, c'est-à-dire à terme, le vendeur est encore *censé*, *en quelque sorte*, n'avoir pas *épuisé*, n'avoir pas *pleinement* abdiqué son droit de propriété.

225. — Cette doctrine, qui, au premier aperçu, a quelque chose de séduisant, parce qu'elle est fondée sur une

(1) *Ibid.*, n° 365. — Nous ne parlerons pas de cette *condition résolutoire*, parce que, ce que nous pourrions en dire, nous l'avons déjà dit *supra*, n° 222. C'est une hypothèse qui ne peut pas se réaliser en matière de faillite.

incontestable équité relative au vendeur (1), a pourtant droit d'étonner de la part du célèbre écrivain qui enseigne ailleurs, non pas comme ici par des locutions obliques et alternatives qui laissent toujours percer quelque doute, mais carrément et péremptoirement, que, en matière de vente, la transmission de la propriété « par la seule puis- « sance du consentement, et alors même qu'il n'y a pas « eu de tradition ni de payement du prix.... *est le droit « dans sa plus haute perfection* » (*Vente*, nos 39, 48).

Toutefois, hâtons-nous de le dire, la théorie inverse d'après laquelle il n'y a pas de transport que le prix ne soit payé, bien que devenue, avec le *gage tacite*, la base fondamentale des commentaires sur le *Nantissement* quant à leur partie consulaire, n'est pas imputable à M. Troplong, en ce sens du moins qu'il ne l'a pas inventée. Ce système date de loin. Il se produisit, en 1807, au sein du Conseil d'État, et y obtint, à bon droit, l'honneur d'être combattu non-seulement par ceux qui opinaient à la suppression radicale de la revendication, mais aussi (*quod notandum*) par le plus grand nombre de ceux-là mêmes qui la voulaient conserver, les uns telle qu'on la pratiquait *jure veteri*, les autres en la restreignant dans certaines limites ; en un mot, c'était à qui le renierait. Voici, en abrégé, comment s'en expliqua la commission de projet de Code, laquelle concluait à l'abolition.

« Les achats et les ventes, en matière de commerce, « ont pour objet des valeurs mobilières dont la propriété « s'acquiert par la tradition.....

« Il est certain que celui qui a livré sa marchandise « *contre une valeur de crédit*, a disposé de sa propriété; « il a renoncé à tous ses droits sur la chose pour les « transporter sur la personne. Dès ce moment la chose « ne lui appartient plus. Le vendeur n'est pas créancier « de la marchandise, mais du prix qu'il y a mis...... » (Locré, *Esprit du C. comm.*, t. 7, p. 240.)

M. le conseiller d'État Berlier, l'un des plus zélés

(1) *Ad quid enim rem suam quis vendit nisi ut vicissim pecuniam pretii accipiat?* (Faber, *Ration.*, ad leg., 19, D., *De contrah. empt.*).

partisans de la suppression, s'exprimait en ces termes :

« Apprécions justement cette matière : il n'y a dans le « système proposé injustice envers personne, quand les « choses se réduisent à partager également un malheur « commun. Nul principe n'est même blessé, car la chose « n'est plus au vendeur ; dès que le contrat a été formé, « et qu'il a suivi (*en livrant*) la foi de son débiteur, il a « cessé d'être propriétaire ; il est devenu créancier, et « doit suivre le sort des autres. » (Locré, *ubi sup.*, p. 306.)

« D'où vient, disaient d'autres opinants, que l'usage « de la revendication est si étendu ?

« Est-ce parce que la faculté de revendiquer est une « conséquence nécessaire des principes du droit ?

« Non ; en principe, la propriété ne peut reposer à la « fois sur deux têtes, sur celle de l'acheteur et sur celle « du vendeur ; elle est transférée dans son intégralité par « l'exécution du contrat de vente (*la tradition*)........

« Les arguments qu'on tire des principes du contrat « de vente portent à faux.

« Le contrat, dit-on, emportait la condition du paye- « ment : sans contredit ; mais il n'y a, sur ce point, au- « cune distinction à faire entre tous les autres créanciers ; « car nul d'entre eux n'a prêté ou vendu que sous la con- « dition d'être payé. » (*Ibid.*, p. 346.)

Les partisans de la conservation, entre autres le prince Cambacérès, MM. Bégouen, Treilhard, Bigot-Préameneu, Corvetto, disaient également : « Jusqu'ici la reven- « dication a été admise, même dans les ventes à terme, « du moment que, par la faillite de l'acheteur, le ven- « deur perd l'espérance d'être payé.

« Mais on ne prétend pas qu'il faille aller jusque-là. « Quand le vendeur a accordé un terme, il a suivi la foi « de l'acheteur, et consommé l'expropriation. L'acheteur « est propriétaire. Ainsi, en s'arrêtant aux principes du « droit, on aurait dû lui refuser la revendication....... » (*Ibid.*, p. 342.)

Les principaux arguments et les considérations secondaires proposés en 1807 dans le Conseil d'État et devant le Corps législatif pour et contre la revendication, de-

vaient naturellement se reproduire et se reproduisirent, en effet, en 1835, devant les Chambres constitutionnelles. A cette époque, comme en 1807, le gouvernement concluait à la suppression absolue. Voici comment le Garde des sceaux résuma les opinions conformes à la sienne (*Moniteur* du 13 janvier 1837, p. 122), et motiva ses conclusions devant la Chambre des pairs :

« Lorsque la vente des marchandises en a transféré la « propriété au failli ; lorsque l'expédition de ces mar- « chandises, qui équivaut à leur tradition, les a mises à « ses risques, le vendeur, qui a suivi la foi de l'acheteur, « n'est plus que créancier comme les autres, et, dans le « naufrage commun, le sort de tous les créanciers doit « être égal. *Sans doute, il faudrait faire violence à ces* « *principes, si l'intérêt du commerce l'exigeait.* Mais com- « ment le crédit pourrait-il reposer sur une base aussi « précaire? etc. »

On le voit donc : de part et d'autre, la doctrine était conforme à cette loi du jurisconsulte Pomponius : *Quod vendidi non aliter fit accipientis quàm si, aut pretium nobis solutum sit........ vel etiàm* fidem habuerimus emptori..... (L. 19, D., *De contrah. empt.*). La confiance que je fais à l'acheteur, dont la dette est pour moi une *valeur de crédit*, lui transmet inconditionnellement, incommutablement, la propriété de ma chose livrée, ni plus ni moins que si nous eussions traité, *compté comptant*, *argent sur bonde*. La condition suspensive ou quasi-*retentio dominii*, sur laquelle on se fonde, reviendrait à dire : « Je vous fais confiance du prix *s'il m'est ponctuellement payé au terme.* » Mais la confiance avec un effet présent est un fait actuel, et c'est nier ce fait ou tomber dans le *non-sense* que d'en subordonner l'actualité à un événement futur quelconque. Le vendeur qui n'a pas confiance commet à l'égard des tiers une faute grave s'il livre, parce que, rien ne le forçant à livrer, il a donné, en livrant, un juste sujet de croire, ou qu'il est payé, ou qu'il a fait confiance, ce qui est du même effet : *Satis fidem habere videtur de pretio venditor qui rem venditam tradit antequàm pretium acceperit, quià nec tradere*

cogebatur; sibique imputet, qui retinere potuit, quòd maluit tradere quàm retinere (Faber, ad dict. leg. 19). Or, disait le Tribunat (Locré, *ubi suprà*, p. 325), « lors- « qu'on en est venu aux véritables idées du commerce, « on a senti qu'il ne pouvait exister que par l'effet d'un « crédit *résultant de la confiance.* »

226. — Ainsi le motif déterminant de l'art. 576 n'est pas celui que M. Troplong lui suppose. Aux yeux de cette loi elle-même, tout exceptionnelle qu'elle est, un vendeur qui a livré ne continue pas plus d'être propriétaire que ne l'est un commissionnaire qui achète et se livre pour compte. Dans l'un et l'autre cas, le seul propriétaire est le failli. Celui-ci le devient de la chose achetée pour son compte, dès que le commissionnaire s'en est livrée ; et, quant au vendeur, rien n'est plus conforme aux vrais principes sur la transmission de la propriété : *Hæ quoque res quæ traditione nostræ fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim est tàm conveniens naturali æquitati quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* L. 9, § 3, D., *De acquir. rer. dom.*

En quoi donc cet art. 576 est-il contraire aux principes et à la raison du droit, comme nous l'avons enseigné, t. 3, n° 201, *et alibi passim?*

Il y est contraire principalement sous deux rapports :

1° En ce qu'il remet le vendeur, non pas, il est vrai, au même état que s'il n'avait point vendu, car la vente continue d'exister (V. *suprà*, n° 188), mais au même et pareil état que s'il n'avait pas livré, ce qui résiste à la vérité du fait, puisqu'il est de fait qu'il a livré, et conséquemment à la raison du droit, puisque la raison du droit est la vérité pure. Nul n'a assez de puissance pour rendre un fait au néant, parce que nul ne peut faire que ce fait ne se soit pas produit : *Facta pro infectis haberi non possunt ;*

2° Le vendeur qui a fait confiance en livrant (*qui fidem habuit emptori*) n'étant que simple créancier du prix d'une chose qui ne lui appartient plus, le traiter plus favorablement que les autres créanciers qui ont, comme lui, suivi

la foi du débiteur, c'est être inconséquent, et blesser l'égalité, premier fondement de la justice, mère du droit (1).

Nous ne chercherons donc pas à expliquer par des règles de droit une loi faite contre la raison et les règles du droit ; il n'est moyen plus sûr de se tromper : *In his quæ contrà rationem juris constituta sunt non possumus sequi regulam juris* (L. 15, D., *De legib.*).

Mais, puisque la revendication de l'art. 576 ne dérive pas du droit de propriété quoi qu'en dise M. Troplong, quel autre motif, quel autre but lui assigner, si ce n'est la convenance du commerce, la faveur et la protection nécessaires aux manufactures (V. Locré, p. 345) et au crédit? Les longues et savantes discussions dont cette loi fut l'objet, surtout en 1807 et 1835, ne permettent aucun doute à cet égard (2).

Et, si tel est le *propositum* de l'art. 576, cet article, par la nature même de son objet, n'est pas plus limitatif que l'art. 93. Il profite donc à quiconque est pour le négoce et le crédit de la même utilité que le vendeur direct qu'il désigne *ad exemplum.* Le propre des lois démonstratives est de comprendre sous la désignation d'une ou de quel-

(1) *Est autem* (jus) *à justitià appellatum.* L. 1, D., *De justitià et jure.*

(2) V. *suprà*, nos 186, 187, la sommaire analyse de ces discussions, et notamment l'opinion de Napoléon Ier, laquelle est devenue la base fondamentale de la loi.

Dans la séance de la Chambre des députés, du 24 février 1835, M. Cunin-Gridaine expliquait ainsi la *tradition* de la chose expédiée ; « La marchandise qui voyage sur une demande faite à l'expéditeur « ne constitue pas une *livraison*. Le contrat de vente n'est véritable- « ment consommé que lorsque cette marchandise *a été reconnue par « l'acheteur*. Cela est juste, car il ne s'est engagé à l'égard de son « vendeur, que lorsque celui-ci a exactement fourni les qualités qui « lui ont été commises. »

L'honorable député se trompait. La vente dont il parlait est une vente contractée sous la condition résolutoire *si la marchandise n'est pas de la qualité commise* (V. notre t. 4, nos 140, 144, et notamment 169). Or, une vente faite sous une condition résolutoire, et suivie de l'expédition *qui équivaut à la tradition* (V. *suprà*, no 124), est une vente parfaite et parfaitement consommée, qui ne peut pas être à naître. C'est par cette raison que, s'il n'y a convention contraire, la marchandise voyage aux risques de l'acheteur, art. 100 (V. l'explication de cette loi, t. 4, nos 127 et suiv.).

ques espèces, toutes les espèces semblables actuellement existantes ou qui viendraient à exister; *non possunt omnes articuli singillatim legibus comprehendi;* et l'art, dans ces sortes de lois, est de choisir l'exemple le plus compréhensif. C'est au magistrat à voir jusqu'à quel point il y a parité de raison ou similitude suffisante entre le cas que la loi exprime, et le cas non exprimé qui se présente.

Or, au point de vue de *la circulation des capitaux et des marchandises*, quoi de plus similaire que le cas du vendeur expédiant à crédit sa propre chose, et le cas du commissionnaire expédiant à crédit la chose achetée pour compte et payée de ses propres deniers?

Il y aurait, sans doute, une grande disparité de positions, si le droit de propriété du vendeur survivait à la tradition de sa chose, et que le commissionnaire acheteur fût un *gagiste*. L'un revendiquerait à titre de propriétaire, sans avoir besoin de l'art. 576, et même en se gardant bien de l'invoquer, et l'autre, qui s'est dessaisi du gage, ne pourrait le ressaisir dans le cours du trajet. Chacun le comprend très-bien. Mais ce sont là deux suppositions gratuites; nous croyons l'avoir démontré (1). Dans l'intention de la loi (art. 93 et 576), les positions respectives du vendeur et du commissionnaire acheteur qui ont expédié à crédit s'apprécient eu égard aux avantages que le négoce en retire, et, sous ce rapport, nous défions d'y voir la plus légère différence. Tous deux font la même avance; le commissionnaire, en tirant le prix de sa caisse; le vendeur, en le laissant hors de la sienne. C'est leur presque identité qui a fait dire à la Cour de Rouen, dans un arrêt du 4 juin 1825 (*J. du Pal.*, 1825), que « le « commissionnaire doit être regardé comme un véritable « vendeur à l'égard de son commettant. » Cela n'est pas rigoureusement exact (2); il y a longtemps que nous l'a-

(1) *Suprà*, nos 224 et suiv. Encore une fois, l'hypothèque tacite ne s'introduisit à Rome que vu l'impossibilité du *gage tacite*. La tradition du gage étant de l'essence du contrat de gage, comment un fermier, par exemple, aurait-il pu cultiver la ferme, après avoir livré sa charrue et ses autres instruments aratoires au propriétaire?

(2) V. pourtant *infrà*, n° 229, *in notis*.

vons dit, t. 3, n° 235. Mais cette légère méprise est elle-même une preuve de leur parfaite similitude. En effet, quand on les envisage au point de vue de leur réciproque utilité commerciale, on dirait de deux jumeaux dont chacun a son individualité propre, et qui, néanmoins, se ressemblent si bien que leurs parents eux-mêmes les prennent fréquemment l'un pour l'autre. Or, une parité de services appelait et justifie une parité de protection et faveur : *Ubi eadem ratio, ibi et idem jus.*

227. — Dans la pure vérité, une différence de position existe entre le commissionnaire acheteur et le commissionnaire vendeur ; car celui-ci ne peut exécuter son mandat que s'il a la détention ou la disposition de la chose, ni l'autre exécuter le sien qu'il ne s'en dessaisisse. Mais, comme il n'y a pas moins de commissionnaires pour acheter que de commissionnaires pour vendre, et qu'ils contribuent tous également à la circulation du commerce, lorsque la chose est encore dans les conditions prévues par l'art. 576, cette loi anormale efface arbitrairement la différence par la rescision (1) de la tradition, comme elle l'efface non moins arbitrairement au profit du vendeur expéditeur non payé. Le commissionnaire et le vendeur qui expédient à crédit ont donc le droit de saisir *in transitu*, et, par suite, celui de retenir la chose jusqu'à payement, tout aussi bien que le commissionnaire vendeur, qui en a la *saisie naturelle* (V. *suprà*, n° 209).

Néanmoins, il est entre eux et ce commissionnaire une inégalité de droits que la loi laisse subsister : le commissionnaire vendeur se remboursera sur le prix de la vente, non-seulement de ses avances au commettant, mais aussi de ses avances à la chose ; tandis que l'autre commissionnaire et le vendeur devront rendre la masse indemne de tous les déboursés et frais mentionnés en l'art. 576, 2e alinéa, et voici la raison : le commissionnaire vendeur n'a fait au failli qu'un crédit prudent et sage (V. *suprà*,

(1) Dans la langue du droit, *rescision*, *annulation*, *restitution en entier*, sont des expressions synonymes.

n° 209); *magis merci credidit quàm mercatori;* le vendeur, au contraire, et le commissionnaire pour acheter ont aveuglément suivi la foi de l'acheteur, *fidem habuerunt emptori*, et ils ont, en cela, commis une faute par excès de confiance, car, là où il y a excès, il y a toujours faute (1). C'est en compensation de cette faute que l'article 576 met à leur charge les frais de transport, commission, assurances, etc..., que ne perdra pas le commissionnaire pour vendre. On a fait, dans l'intérêt du commerce, but unique des lois de cette espèce et où le droit reste neutre, une cote mal taillée entre la peine due au défaut de prudence, la faveur méritée au crédit accordé, et le sacrifice imposé aux créanciers du failli à qui la rescision *prétorienne* (V. *suprà*, n° 188) de la tradition enlève une propriété devenue leur gage. Il eût été criant de laisser en sus à leur compte les dépenses auxquelles a pu donner lieu une marchandise expédiée sans de sages précautions (V. *suprà*, n° 209), et arbitrairement retirée de l'actif. En outre, pour alléger d'une autre manière le tort qui leur est fait en vue de l'utilité publique, comme le cours peut venir en hausse, on leur a permis d'exiger la délivrance en payant le prix conventionnel de l'achat; mais, ce qui est encore *contrà rationem juris*, sans réciprocité au profit du vendeur ni du commissionnaire expéditeurs, condamnés d'avance, l'un et l'autre, à subir la baisse, s'il y a baisse.

(1) Pour M. Troplong, qui voit un *gagiste* dans le commissionnaire. la faute de celui-ci consiste à n'avoir pas fait le connaissement à son ordre, ou retenu la lettre de voiture (*Nant.*, n° 371). Autant valait lui dire : *N'expédiez jamais que payé.* Ce serait couper court au crédit et arrêter la circulation des marchandises. Le conseil de M. Troplong ne peut être suivi qu'en des circonstances extraordinaires, des cas insolites, dont on peut voir un exemple dans notre t. 4, n° 133. Mais ce que doit faire, ce que fait toujours un prudent commissionnaire, c'est de n'accepter le mandat, de se mettre en avances, qu'après avoir exigé et reçu des garanties ou des couvertures au moyen desquelles, si malheur arrive, et qu'il revendique, il s'indemnise lui-même de toutes les dépenses dont il est tenu de rendre la masse indemne. De cette manière, il se place équivalemment dans la position du commissionnaire de l'art. 93, qui a les marchandises en sa possession. Qu'importe, en effet, de détenir la chose ou des valeurs égales à sa valeur

228. — Telle est l'économie de cette loi 576 qui, avec l'art. 93, constitue le système protecteur du crédit commercial mobilier (1). Si quelqu'un peut s'en rendre raison par les règles du droit, *erit... magnus Apollo.* Quant à nous, nous ne pouvons y voir qu'une application de la grande maxime si souvent répétée dans l'oracle du droit

(1) Le commerce a aussi son crédit foncier; mais M. Troplong n'est pas plus favorable à ce crédit qu'à l'autre :

V. g. par acte notarié du 1er septembre, Pierre, banquier à Brest, promet d'ouvrir un crédit de 100,000 fr. à Jacques, de Lesnéven, qui, par le même acte, lui confère une hypothèque spéciale sur sa terre de Kergadavern, et le banquier fait inscrire le 4. Le 8, autre hypothèque, celle-ci de 50,000 fr. pour autant prêté, régulièrement consentie par le même Jacques sur le même bien, à Roboam, de Landerneau, lequel prend inscription le 12. Le 15, Jacques, qui n'a pas encore usé du crédit, tire 50,000 fr. sur son banquier. A l'échéance, ce banquier paye, et, peu de jours après, faillite du tireur. Laquelle des deux hypothèques prime l'autre? Celle de Roboam suivant M. Troplong (*Hyp.*, t. 3, n° 478). C'est la suppression du seul commissionnaire qui fasse des avances sur garanties foncières. Or, ces mêmes avances sont la source et le nerf des grandes associations et des grandes entreprises (V. *suprà*, n° 216).

Voyez au *Répertoire* de M. Favart de Langlade, v° *Hypothèque*, sect. 2, § 3, n° 2, une excellente réfutation de l'erreur enseignée par M. Troplong d'après Merlin (*Quest. de droit*, v° *Hypothèque*, art. 6, § 3) et Toullier (t. 6, n° 546), laquelle consiste principalement à prendre une condition suspensive pour une condition potestative.

Il est cependant un moyen sûr et très simple de ne s'y pas tromper : c'est de voir si les deux parties pourraient également demander ou opposer la nullité de l'acte ; — le banquier, *qui seul s'est obligé*, ne le peut évidemment pas; — donc, ni les créanciers, ni les ayants-cause du crédité qui, en usant du crédit, a, par ce fait, accompli une condition suspensive, laquelle rétroagit.

Mais, quand j'hypothèque spécialement à un banquier ou à tout autre mon domaine de Keremma, pour sûreté du prêt qu'il s'engage à me faire quand je voudrai, l'inscription prise aujourd'hui ne prendra rang que du jour où l'argent m'aura été livré, ou pourra même être nulle, art. 446 ; *secùs* de l'autre espèce, et voici la raison : Un crédit ouvert est une opération de banque, contrat commercial *sui generis*, à l'essence duquel il répugne que l'argent soit livré *confestim;* car s'il était livré sur l'heure, il n'y aurait pas *crédit ouvert.* Au contraire, il en est du prêt comme du gage : la tradition est de son essence. Or, ce qui est de l'essence d'un contrat (*sine quo consistere non potest*) n'en saurait être une condition suspensive : *Priùs est esse quàm esse tale* (t. 4, n° 192).

Dans cette espèce, à la différence du contrat d'*ouverture d'un crédit*, le reçu de l'argent doit être un acte authentique, sans quoi, point d'hypothèque; et, si le banquier, ou autre, percevait un droit de commission, il y aurait usure (Cass., 27 nov. 1843 ; Devill., 44, 1, 87).

commercial, que Napoléon Ier improvisait, en 1807, dans son Conseil d'Etat égaré depuis longtemps, sans pouvoir trouver d'issue, entre le vendeur au comptant et le vendeur à terme, et à laquelle le ministre de la justice, M. Persil, l'un des plus savants jurisconsultes de France, rendit hommage dans la Chambre des pairs, en 1835 (V. *suprà*, n° 225) : *L'intérêt du commerce impose silence à toutes les règles du droit* : CORAM PUBLICI COMMERCII UTILITATE, OMNES REGULÆ JURIS SILERE DEBENT.

Voilà dans quel droit on veut à toute force introduire le Code civil, et le faire entrer en maître!!!

229. — Il ne nous reste plus qu'à vérifier un fait : Nous avons dit, t. 3, n° 235 : « Dans la vérité, la saisie « de la marchandise en route n'est autre chose qu'une « *extension du droit de rétention*. Mais il est reçu, *contrà* « *rationem juris*, que le commissionnaire (*acheteur pour* « *compte*) revendique comme quasi-subrogé aux droits « de son vendeur, toutes les fois que le vendeur pourrait « revendiquer lui-même........... On a pensé qu'un « agent si nécessaire à la vie du commerce ne pouvait « être environné de trop de protection. *Telle est la cou-* « *tume commerciale.* »

Cette dernière proposition est-elle vraie, oui ou non? M. Troplong nous répond (*Nant.*, n° 362) : « J'ai de « grands doutes sur l'existence de cette coutume commer- « ciale. » Ce jurisconsulte ne décide donc rien, *fluctuat incertus*; car le doute est l'état où l'esprit se trouve lorsque, suspendu entre deux jugements qui s'entre-excluent, il croit manquer de motifs pour s'arrêter à l'un et rejeter l'autre; et, par rapport à qui l'éprouve, rien n'est plus légitime qu'un tel doute. Mais il est très-permis aussi d'en rechercher la cause qui peut être une erreur.

Quelles sont donc les raisons de douter que M. Troplong apporte? Uniquement des raisons puisées, suivant lui, dans le droit, et dont on a vu l'exposé avec leur réfutation, *suprà*, nos 211 et 223). Mais, du moment qu'un usage peut s'établir contre la raison et malgré les règles du droit, suppléer la loi, l'interpréter, la modifier, l'abro-

ger, la question de savoir si tel usage existe ou s'il n'existe pas, ne peut pas être une question de droit; c'est une question de pur fait. Par conséquent, M. Troplong eût-il prouvé que l'usage dont nous parlons est contraire au droit dont il parle, ou même au vrai droit, il n'aurait pas prouvé que cet usage n'a pas d'existence ou est douteux. « L'usage, nous dit Dunod (*Prescr.*, part. 1, c. 13), oblige « comme la loi elle-même, non par des paroles, *mais par des* « *faits.* » Restons donc dans la thèse, et allons droit au fait.

La coutume commerciale, que M. Troplong relègue d'un seul mot au pays des choses douteuses, n'est heureusement pas une de celles que Doneau signale en ces termes : *Quædam sunt* (res dubiæ) *quæ nullo modo, nullâ præsumptione explicari possunt* (Ad. tit., D., *De rebus dubiis*). Notre usage commercial porte sa preuve en lui-même; *probat seipsum.*

Quels sont les *requisita* d'un usage pour qu'il ait force de loi? Nous l'avons déjà dit, t. 1, n° 266. Néanmoins redisons-le d'une manière spécialement adaptée à la coutume marchande révoquée en doute.

La loi romaine définit la jurisprudence : *Series rerum perpetuò et similitèr judicatarum.* L'usage dont il s'agit pourrait être défini : *Series rerum perpetuò et similitèr actarum inter mercatores ejusdem regionis, sciente nec obstante legislatore;* c'est-à-dire une succession longue, paisible et publique de faits similaires, lesquels se sont produits parmi la généralité des marchands d'un même pays, au su du législateur qui ne s'y est pas opposé. Nous disons la généralité, *quod in regione* frequentatur (1) et non l'universalité; la nature des choses l'indique. Chaque marchand ne peut pas être armé d'un *liberum veto* contre le vœu général; et la nature des choses indique aussi qu'il suffit d'une généralité manifestée par les faits, et non par des suffrages exprimés et comptés : *Quid enim interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis* (L. 32, D., *De legib.*).

Ces principes posés, voyons-les en application :

(1) L. 34, D., *De div. reg. jur.*

Nous ne prétendons pas dresser une statistique des faillites judiciairement déclarées depuis l'ancien Code. Le total en serait effrayant. Prenons seulement pour base d'un calcul fort simple deux années dans l'une desquelles notre commerce a notoirement joui d'une grande prospérité sensiblement altérée pendant l'autre. En 1846, il ne fut prononcé en France que 3,795 jugements déclaratifs, et, dans le cours de 1847, il en fut rendu 4,762 ; moyenne, 4,278, 5. Si l'on suppose, contre une triste vérité, que, en aucune autre année, il n'en est intervenu un plus grand nombre depuis janvier 1808 jusqu'à janvier 1856 (abstraction faite des concordats amiables ou clandestins), nous aurons une moyenne de 205,368 ; autant vaut dire 200,000.

Maintenant, nous le demandons, est-il rationnel de douter que, dans cette masse énorme de faillites, dont on peut doubler le chiffre sans crainte d'exagérer, il ne se soit présenté une foule de cas où l'acheteur pour compte a réclamé ses avances, en se fondant sur le droit de retenir, jusqu'à payement, la marchandise par lui saisie *in transitu?* Ce serait douter par le seul vouloir de douter. Aussi, le peu de fois que le cas s'est présenté en justice, a-t-il été décidé en faveur du commissionnaire.

Mais, dira-t-on peut-être, les quelques arrêts cités, les seuls qu'on puisse invoquer, prouvent d'autant moins l'usage qu'ils sont des applications de l'art. 1251 du Code civil, c'est-à-dire des conséquences d'une erreur démontrée par vous-mêmes. Après tout, que signifieraient deux ou trois arrêts dans le cours d'un demi-siècle? Enfin, la conséquence de vos calculs est simplement une conjecture, tout au plus une présomption. Or, pour établir un droit sur le fait d'un usage, il faut prouver ce fait, et deux ou trois arrêts rendus à de longs intervalles n'en sont pas la preuve; ils ne suffiraient même pas à fonder une jurisprudence.

Nous répondons :

Bien que, sous certains rapports, la jurisprudence ressemble à l'usage, comme l'usage à la prescription sous certains autres rapports, il n'en existe pas moins entre

l'usage et la jurisprudence une disparité caractéristique : plus les arrêts uniformes sont nombreux sur la même question de droit, plus la jurisprudence est certaine. L'usage, au contraire, est d'autant plus certain qu'il a donné lieu à moins de litiges. La raison en est claire : il faut que l'usage soit général ; il faut aussi qu'il soit paisible comme la possession pour prescrire. Or, chaque procès est une protestation individuelle et un trouble. Lors donc que nous avons cité les arrêts, ce n'est pas en vue de prouver l'usage, mais pour faire voir que le juge, organe de la loi, ne s'y est pas plus opposé que le législateur lui-même. Eh bien ! cette approbation *per patientiam* est une des conditions essentielles de l'usage ayant force de loi. Que, par inadvertance, on ait appliqué l'art. 1251 du Code civil à la commission d'achat, *quid indè?* L'erreur du motif n'altère pas plus le bien jugé qu'elle n'ébranle l'autorité de la chose jugée (V. *suprà*, n° 52, *in fine*).

La différence radicale qui sépare l'usage et la jurisprudence a produit un phénomène digne de remarque : la revendication de l'acheteur pour compte et celle du vendeur direct sont également usuelles. L'irrégularité en est aussi la même, puisqu'ils ont livré tous deux ce qui était pour eux comme un gage, et qu'il pouvaient retenir. D'où vient cependant que l'une a toujours été si féconde en litiges, tandis que l'autre n'a franchi que deux fois (1) le seuil des tribunaux ? De ce que la revendication du commissionnaire n'est pas un droit édicté, *jus scriptum*, mais un droit fondé sur la coutume, *jus non scriptum;* et, comme tous la connaissent et la reconnaissent, il n'en peut

(1) *Deux fois* seulement dans le cours de quarante-huit années ! C'est un point dans l'espace.

Il est vrai que, outre l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1810, et celui de la Cour de Rouen du 4 janvier 1825, on cite aussi un arrêt de la Cour d'Aix du 29 juin 1842, *J. P.*, 1843, 2, 18. Mais cet arrêt ne doit pas compter, puisqu'il constate en fait que le commissionnaire revendiquant détenait la chose par ses propres commissionnaires auxquels il l'avait expédiée en leur endossant le connaissement fait à son ordre : *Nam possidet cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessionis præstat ministerium.* L. 28, D., *De acquir. rer. dom.*).

naître, à bien dire, aucun procès (1) ; preuve éclatante de son existence et de son excellence.

En second lieu, nos chiffres (2) sont décisifs, car l'usage existe, ou il n'existe pas. L'impossibilité morale du fait négatif de son existence en est donc l'affirmation énergique, et le constate aussi bien, plus sûrement peut-être, que ne le pourraient faire des centaines de parères ou d'*enquêtes par turbes* (3).

Dans la durée de quarante-huit ans consécutifs, 200,000 faillites et deux procès! Jugés comment? Jugés l'un et l'autre conformément à l'usage!!! De quel doute raisonnable celui-ci pourrait-il être l'objet? Certes, il a bien le droit de réclamer une place, que disons-nous? de revendiquer le premier rang parmi les *usages qui vivent dans la pratique, et qui sont aussi respectables pour les tribunaux que les textes les plus formels du Code civil et du Code de commerce* (V. *suprà*, n° 223) (4).

(1) Dans le cours d'un demi-siècle, deux syndics se sont trouvés qui avaient conçu l'espoir de faire confisquer la coutume commerciale au profit des dispositions du Code civil sur le gagiste et le gage. Ils y furent bien pris, car on les repoussa par l'art. 1251 de ce Code, qui ne les regardait nullement. Mais ils n'en furent pas moins très-bien jugés.

(2) Basés sur les statistiques officielles du ministère de la justice pour 1846 et 1847.

(3) C'est ainsi que les usages se constataient avant l'ordonnance de 1667, qui prononça la très-sage suppression de ce genre de preuve. Les Cours souveraines pouvaient seules ordonner ces sortes d'enquêtes. Chaque *turbe* se composait de dix témoins qui ne comptaient que pour un témoin; mais deux *turbes* suffisaient à constater l'usage.

(4) A cet avantage, il en joint un autre, c'est d'être *en harmonie avec des intérêts qui embrassent le monde commerçant* (*Nant.*, préf., p. XI). V. *suprà*, n° 189. Il y est fait état de la jurisprudence de la Grande-Bretagne sur le *stoppage* in transitu.

Nous nous bornerons donc à traduire ici les passages suivants de deux auteurs anglais :

« Si un commissionnaire à l'étranger achète des marchandises « sur son propre crédit, on le considère comme s'il en était le con- « signant, et il est en droit de les saisir *in transitu*, après les avoir « expédiés au commettant. » *If a factor in a foreign country procure goods on his own credit, he is considered as the consignor, and intitled to stop them in transitu, after a shipment to the principal* (Paley, p. 123).

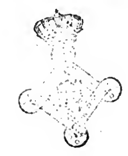
« Un commissionnaire à l'étranger qui, en exécution d'ordres à

« lui donnés par un commerçant anglais, achète des marchandises « sur son propre crédit.. ..., est un consignant, de sorte qu'il est en « droit de saisir la marchandise *in transitu*, si le commerçant vient « à faillir pendant qu'elle est en route; car ce commissionnaire « *tient lieu d'un vendeur*, et le commerçant anglais *tient lieu de son* « *acheteur*. » *A person abroad who, in pursuance of orders, sent him by a British merchant, purchases goods, on is own credit...... is a consignor, so as to intitle him to stop the goods* in transitu, *if the merchant fail while they are on their passage*; for he *stands in the light of a vendor, and British merchant of his vender* (Smith, p. 331, 322).

On voit dans nos deux auteurs, et sans doute dans les autres auteurs qu'ils citent en grand nombre, mais qui nous sont inconnus, que le *stoppage* in transitu (la revendication de l'art. 576) ne fut pas toujours pratiqué en Angleterre entre les nationaux, qui finirent par l'accorder au commissionnaire résidant, *home factor*, pour mettre le commerce anglais au niveau de celui des autres peuples du globe.

Le *stoppage* in transitu est donc une coutume universelle.

FIN DU SIXIÈME ET DERNIER VOLUME.





TABLE

DES CHAPITRES ET DES PARAGRAPHES

DU VIe VOLUME.

Pages

CHAPITRE I.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LES SIX VOLUMES.

Le chiffre romain indique le volume, et le chiffre arabe, la page.

recevoir en entrepôt, tant que le transfert en douane n'est pas régularisé, il n'y a point de vente; par suite, de tradition; la chose reste *in bonis* du vendeur. VI, 310, 311. — V. *Faillite, Payement, Principes, Revendication, Vente.*

ACTES DE COMMERCE.

Un acte est commercial *re ipsâ*, ou par la qualité ou par l'intention des personnes qui le font. I, 77, 78. — Il peut être commercial relativement à l'une des parties et ne l'être pas par rapport à l'autre. I, 79. — Certains actes sont commerce **alliés** parce qu'ils sont des moyens de commerce. I, 80. — Toutes choses ne sont pas indistinctement la matière des actes de commerce. I, 99. — Il est des personnes auxquelles tous actes de commerce sont interdits; et il en est d'autres auxquelles certains actes sont seulement défendus. I, 100, 103, 113 et suiv. — Les dispositions qui délimitent les actes de commerce et déclarent le commerçant seul passible de l'état de faillite sont des lois organiques du décret du 24 août 1790. I, 39. — Classification des affaires privées en affaires commerciales et en affaires non commerciales; éléments et procédés de cette classification. I, 75 — Catégorie des actes constitués commerciaux. I, 77. — Nul acte n'est commercial s'il n'est défini tel par la loi. I, 85. — La commercialité, la profession de commerçant, la faillite, sont d'institution civile. I, 75.— Le commerce n'est plus ni une fonction ni un privilège; liberté de profession et d'industrie; devient commerçant qui veut. I, 89, 99. — La vente et la revente de marchandises ne sont pas spécifiées actes de commerce, et c'est à dessein. I, 92. — Les art. 632 et 633, qui spécifient les actes de commerce, sont essentiellement limitatifs. I, 93. — V. *Commerçant, Commission, Faillite, Incapacités, Interdictions, Prohibitions.*

ACTES FAITS *in fraudem creditorum.*

L'art. 1167 du Code civil est reçu dans le droit commercial; il statue sur une espèce autre que celle des art. 446, 447 du Code de commerce. VI, 11. — Conditions requises pour l'application de cet article. VI, 14, 15. — Un acte peut être contraire à l'intérêt des créanciers sans être fait en fraude de leurs droits. VI, 15. — Divers exemples d'actes faits *in fraudem creditorum*. VI, 15, 16. — Quand le payement d'une dette vraie est un acte fait en fraude des créanciers. VI, 18. — Cas où le créancier peut dire *meum recepi*, quoiqu'il sût que le débiteur avait des créanciers et que le payement soit contraire à l'intérêt de ceux-ci. VI, 19. — V. *Fraude, Payements en matière de faillite.*

ACTE PUBLIC, NOTARIÉ.

Ce que signifie l'expression *acte public* dans son acception ordinaire; l'article 109 du Code de commerce l'emploie pour désigner l'acte notarié par opposition à l'acte sous seing privé. I, 236. — L'acte notarié fait pleine foi; il est exécutoire et susceptible de conférer hypothèque. I, 237. — Pour jouir de l'authenticité, le contrat qui intervient entre Français en pays étranger doit être passé en la chancellerie du consul. I, 238. — Cet acte n'est pas régi par l'art. 2128 du Code civil; il ne fait foi que s'il est légalisé. I, 239. — Les actes dressés par les officiers publics en pays étranger doivent être aussi légalisés; ils ne sont exécutoires que par un jugement. I, 239.

ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE.

Ce qu'on appelle acte sous signature privée, sa forme, son effet. I, 241. — Il est, dans le commerce, affranchi des formalités des art. 1325, 1328 du Code civil. I, 242. — La signature est la seule forme essentielle. I, 245. — Celui auquel on l'oppose est tenu de l'avouer ou de le dénier; en cas de dénégation, la preuve incombe au demandeur. I, 244. — Il n'est pas nécessaire qu'il soit signé dans le même lieu, dans le même moment, ni que chaque original soit signé des deux contractants. I, 246.

ACTION *quanti minoris.*

La critique qui a été faite de l'article 1644 du Code civil est mal fondée au point de vue du commerce de la vie civile. V, 279. — La distinction faite à cet égard entre les choses dépendantes et les choses indépendantes les unes des autres, celles achetées *uno pretio* et celles achetées *pretio constituto pro singulis*, n'est pas admissible au point de vue du droit civil. V, 280. — Mais elle est d'une application nécessaire à l'achat commercial; il est conforme à l'équité et à la règle du droit que, en certaines circonstances, le marchand n'ait pas, à l'égal du consommateur, le droit de ren-

core bien que le commissionnaire s'écarte des instructions secrètes jointes au mandat. III, 191. — Lorsque quelqu'un qui n'a ni n'affirme avoir mandat, fait une affaire pour autrui ou l'affaire d'autrui, il est *negotiorum susceptor* ou *negotiorum gestor*. III, 192. — Du cas où le commissionnaire traite sans autorisation au nom de son mandant, ou exécute plusieurs fois le même ordre. III, 85, 192, 193.—V. *Commissionnaire, Mandat, Negotiorum gestor, Negotiorum susceptor, Obligations.*

ARGUMENT *à contrario.*

En quoi consiste l'essence de cet argument, et quelle est sa force. VI, 152. — Que faut-il pour qu'il procède. VI, 143. — Quand il conclut en sens direct. VI, 144. — Diverses applications de cet argument. VI, 145. — V. *Banqueroute.*

ARRÊTÉ (D'UN AGENT DE CHANGE OU D'UN COURTIER).

V. *l'ordereau.*

ASSURANCE.

Ce qu'est l'assurance maritime; son objet, son caractère. III, 203, 204. — Conditions essentielles au contrat. III, 206, 207. — De la chose assurable et de l'intérêt au risque. III, 207, 208. — Importance de l'évaluation de la chose et mode d'évaluation adopté par le Code de commerce. III, 210, 211. — Deux manières d'effectuer l'assurance, l'une en laissant à fixer ultérieurement la valeur assurée, l'autre en la fixant de gré à gré. III, 213, 214. — Le risque est essentiel dans l'assurance; clauses qui la dénaturent. III, 216, 218. — La prime n'est pas moins essentielle; elle peut consister en toute autre chose que de l'argent. III, 219, 220. — C'est le consentement qui, réuni aux autres conditions, parfait le contrat d'assurance. III, 221, 222. — Situation inégale des parties au moment du contrat; l'assuré est tenu d'informer l'assureur de toutes les circonstances du risque. III, 222, 223. — De la police d'assurance; sa nécessité. III, 223. — Effets principaux de l'assurance, action d'avarie, action en délaissement. III, 226, 227.

AUGMENT (DE LA CHOSE).

Ce que comprend l'augment de la chose vendue. IV, 231. — L'augment profite à qui est chargé du risque de la perte. IV, *ibid.* — Le corps certain doit être délivré dans l'état où il se trouve; l'acheteur profite de l'augment, comme il supporte la détérioration. V, 198. — V. *Risques.*

AVANCES.

La signification du mot a été étendue par la jurisprudence. II, 489.— Le commissionnaire peut avoir à se rembourser de ses avances, ou suivant l'usage de la place, ou par suite d'une convention sur l'époque, le lieu et le mode du remboursement. II, 490. — Hors le cas d'une convention explicite, le commettant n'est pas tenu d'accepter une traite que le commissionnaire fournit sur lui. II, 491. — Le compte n'étant pas contesté, le commissionnaire qui a vainement sollicité le payement, peut se rembourser au moyen d'un emprunt fait pour le compte du commettant. II, 493. — La convention sur le mode de remboursement fait partie intégrante de la forme du mandat. II, 494. — Ce que doit faire le commissionnaire qui doit se rembourser sur le produit de la vente, lorsqu'il ne peut réaliser au prix fixé par le mandat. II, 495. — Remboursement du commissionnaire par l'effet du compte courant, et du cas où il n'existe entre parties aucun compte de cette espèce. II, 496. — Application des mêmes principes à tout mandat ayant pour objet des négociations par suite desquelles le commissionnaire aurait fait des avances. II, 498. — Les avances et débours auxquels le commissionnaire a droit lui sont dus avec intérêt du jour où il les a faits; l'intérêt court de plein droit. III, 153.—Celui que le commissionnaire a désigné avec autorisation *nomine procuratorio*, peut exiger du premier commettant ses avances, intérêts et frais, sans égard à l'utilité de l'affaire gérée; le mandataire du *negotiorum gestor* ne peut exiger ses impenses qu'après avoir prouvé l'utilité de la gestion; mais il a droit de les exiger en entier du *negotiorum gestor* qui lui a donné mandat. III, 383. — Les avances du commissionnaire ne doivent pas être confondues avec le prêt. VI, 505. — V. *Commission, Crédit ouvert, Obligation, Retention.*

AVEU ou CONFESSION.

Il y a deux sortes d'aveu : l'aveu judi-

claire et l'aveu extrajudiciaire. I, 378. — En quel sens et entre qui l'aveu équivaut à la convention qu'il s'agit de prouver. I, 378, 379. — Il ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit; pour avouer, il faut être capable de contracter. I, 380. — S'il peut être divisé; examen des distinctions, et exceptions de l'ancienne jurisprudence; résumé et réfutation des opinions de Toullier et de Merlin. I, 382. — L'aveu extrajudiciaire est aussi indivisible; en quoi il diffère de l'aveu judiciaire. I, 393. — Lors même que les deux parties de l'aveu ne forment pas un tout connexe et ne se rapportent pas à la même époque, l'aveu est indivisible; explication de la loi 26, § 2, D., *Depositi*; cette loi n'est pas dans l'espèce d'un aveu tel que nous l'entendons en France. I, 394. — La preuve d'un aveu par témoins est, en général, admissible dans le commerce; présomption qui s'élève contre celui qui, interpellé en justice, refuse de répondre; si l'aveu fait devant un juge incompétent est judiciaire. I, 403. — V. *Preuve*.

AYANT-CAUSE, PRENANT-CAUSE.

L'ayant-cause est celui qui, substitué aux droits actifs et aux droits passifs de quelqu'un, le représente. VI, 193. — La masse des créanciers n'est pas ayant-cause du failli. VI, 193. — Elle peut le devenir; quand et comment. VI, 198. — Un créancier représente ou ne représente pas son débiteur, selon qu'il agit en vertu de l'art. 1166 ou de l'art. 1167 du Code Napoleon. V, 200. — Dans la masse, chacun des créanciers est à ses droits personnels; le failli n'y a point d'ayant-cause VI, 195, 202. — L'unique ayant-cause ou représentant du failli est la faillite. VI, 202. — Elle représente le failli, comme la vacance le défunt, à leur état d'insolvabilité. VI, 205, 206. — La faillite est un ayant-cause qui a le singulier privilége de ne pas payer *in integrum*; ce privilége est l'effet de la nécessité. VI, 203. — Sauf le cas où elle se fait volontairement ayant-cause, la masse est substituée uniquement au droit qu'avait le failli d'administrer ses droits actifs ou passifs et ses autres biens avant le jugement déclaratif. VI, 203. — L'enseignement des auteurs reconnu par le tribunal civil de la Seine. VI, 499. — V. *Faillite, Masse des créanciers, Principes en matière de faillite.*

BANQUEROUTE.

Le ministère public ne peut poursuivre comme banqueroutier, ni le juge criminel déclarer failli un individu contre lequel il n'a pas été rendu de jugement déclaratif. VI, 94, 95. — Arrêts de Cour de cassation qui ont jugé le contraire; analyse des motifs de ces arrêts. VI, 96. — En cette matière, l'intérêt public et l'intérêt privé sont confiés exclusivement à la garde des tribunaux de commerce; ils ont le droit de déclarer la faillite *ex officio* dans l'intérêt général; nul autre tribunal n'est investi d'un tel pouvoir. IV, 98. — Sans un jugement déclaratif, la cessation de payements ne peut passer légalement à l'état de faillite. VI, 101, 102. — Indispensabilité de ce jugement pour constater l'état du commerçant failli; n'est pas failli qui veut. VI, 103. — Le fait de la cessation de payements et le jugement qui déclare ce fait, sont inséparables; pas de jugement déclaratif, pas de faillite, pas de banqueroute. VI, 106. — Toute une institution d'intérêt social et d'intérêt privé refuse action au ministère public avant la faillite déclarée; ses pouvoirs sont délimités en matière de faillite. VI, 107. — La doctrine contraire, condamnée par ses conséquences. VI, 109, 110. — Ce n'est pas le Code pénal qui fait de la banqueroute un crime ou un délit; c'est le Code de commerce qui définit l'une et l'autre banqueroute. VI, 111, 112. — Effrayante prérogative du ministère public, s'il pouvait agir avant un jugement déclaratif. VI, 112, 113. — L'intérêt du commerce et celui de la société sont suffisamment sauvegardés par la surveillance réciproque et intéressée des commerçants et par la surveillance officielle du tribunal de commerce. VI, 114. — Moment marqué par l'art. 443 du Code de commerce pour l'action du ministère public. VI, 114, 115. — Lorsque l'accusé excipe devant la Cour d'assises qu'il n'est pas commerçant, ou que, commerçant, il n'est pas failli, la question d'état est-elle préjudicielle? Solution négative de la Cour de cassation. VI, 115. — La cause primitive de l'uniformité des arrêts de cette Cour est une sorte de règlement intérieur qualifié de *note*, délibéré et arrêté à l'unanimité en 1813, sur la manière dont elle jugerait certains pourvois touchant la compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police. VI, 115. — La doctrine de

BONNE FOI, MAUVAISE FOI,

EN MATIÈRE D'ACHAT ET DE VENTE.

BORDEREAU.

CAS FORTUIT, IMPRÉVU, INSOLITE.

Code et le Code civil sont deux lois spéciales et en même temps générales, indépendantes l'une de l'autre. I, 37. — Le législateur n'a pas entendu que l'un fût loi commune et l'autre loi exceptionnelle. I, 40. — Le Code de commerce n'a pas pris pour système d'établir entre lui et le Code civil la relation de l'exception à la règle. I, 43. — Comment il est passé en axiome que le Code de commerce n'est qu'une exception au Code civil, et d'où provient cette erreur. I, 46. — Le Code de commerce a son droit écrit; de quoi ce droit se compose. I, 53. — Fonction du Code de commerce dans l'application du droit. I, 74, 75, 76. — Le Code de commerce n'est Code de commerce que parce qu'il commercialise les actes que l'on voulait mettre en dehors du Code civil. I, 75. — V. *Code civil*, *Droit civil*, *Droit commercial*, *Droit naturel*.

COMMERÇANT.

Définition du commerçant; cette définition est d'institution humaine. I, 83, 84. VI, 35, 36. — L'exercice d'actes définis commerciaux constitue seul le commerçant, et la définition de ces actes n'admet pas d'extension. I, 85. — On ne peut rien suppléer dans cette définition sous prétexte d'omission, d'insuffisance ou d'inexactitude. I, 99. — Pour constituer le commerçant, les actes de commerce doivent être personnels à celui qui les exerce. I, 93. — Nulle incompatibilité entre la qualité de commerçant et la fonction, le rang même. I, 95. VI, 43. — On n'est pas commerçant par cela seul qu'on s'associe à un commerçant. VI, 40, 41. — Le commerçant seul peut être déclaré en faillite. VI, 34, 38. — V. *Acheteur*, *Actes de commerce*, *Faillite*, *Vendeur*.

COMMERCE.

Définition du commerce dans le sens large du mot; les choses mobilières seules entrent dans son domaine. I, 3. — Le motif. *Ibid.* — Le commerce est le fondement de la société humaine, le lien de l'association civile. I, 3. — Nécessité que ses règles fondamentales soient immuables, universelles, comprises partout et partout obligatoires. I, 5. — Ses règles sont celles de la bonne foi et de l'équité. I. 24. — Cette vérité a été bien comprise par les Romains; pourquoi le droit romain a subsisté comme servant de règle aux transactions commerciales. I, 26. — L'équité est la principale cause de l'accord des peuples commerçants sur les principales règles de leurs négociations. I, 28. — C'est par le commerce que les sociétés modernes se sont développées. I, 29. — Ce qu'on doit entendre par l'intérêt du commerce; l'intérêt du commerce est une loi. I, 61, 66. — Le commerce est libre en France, sauf des restrictions. I, 99. — Des incapacités. I, 113. — V. *Choses*, *Denrées*, *Incapacités*, *Marchandises*, *Prohibitions*.

COMMISSION (CONTRAT DE).

Il est douteux que les Romains aient connu la commission telle que nous la pratiquons; comment et pourquoi le facteur a été remplacé par le commissionnaire. II, 2 et suivant. — Savary ne définit pas la commission; on lui a prêté une définition qu'il n'a pas faite; ce qu'il dit du commerce de commission dans certaines localités. II, 50. — Définition du contrat de commission. II, 58. — Vices des définitions données par divers auteurs. II, 53. — Le contrat est commercial lorsque la matière est commerciale *re ipsâ*. II, 63. — Lorsque la matière est présumée commerciale par la qualité des contractants. II, 64. — Lorsqu'elle est réputée commerciale par l'intention du mandant. II, 67. — Donnée par un non-commerçant à un commerçant, la commission est commerciale et emporte salaire et privilége. II, 74, 76. — Le non-commerçant, en exécutant un mandat commercial par rapport au mandant, fait un acte de commerce. II. 73. — Ce que l'art. 632 du Code de commerce entend par entreprise de commission. II, 75. — L'objet du contrat doit être une chose licite, à faire, de telle nature qu'elle puisse être réputée faite par le mandant, n'être pas absolument indéterminée, et concerner l'intérêt du mandant ou d'un tiers. II, 82. — Comment commence et s'achève le contrat de commission; il peut se former tacitement. II, 91 et suiv. — Entre présents, le consentement peut être tacite des deux côtés. II, 98. — Entre absents, la demande ou l'offre ne peut se faire que *per epistolam aut nuntium*. II, 99 — L'acceptation peut s'inférer du silence. II, 99; — ou d'un fait personnel de celui à

n'arrivera pas dans un temps que l'ordre ne détermine point. II, 428. — La condition dilatoire peut n'être que tacite; c'est ce qui arrive dans les cas insolites. II, 429. — Le commissionnaire, comme le commettant, peut apposer certaines conditions à l'acceptation et à l'exécution du mandat; une fois agréées par le commettant, elles font partie du contrat. II, 428. — Le commettant est libre de supprimer le terme et la condition pour rendre l'exécution pure et simple, et réciproquement, de pure et simple qu'était l'exécution, il peut la rendre conditionnelle ou à terme, pourvu que le commissionnaire n'éprouve aucun dommage. II, 433. — Les offres de service du commissionnaire, comme l'ordre donné spontanément par le commettant, peuvent exprimer un terme et des conditions. II, 434. — Inexactitude de l'expression de l'art. 1179 du Code civil où il est dit que la condition accomplie a un effet rétroactif. II, 467 *in notis*. — V. *Terme*.

CONDITIONS EN MATIÈRE DE VENTE.

Les ventes commerciales sont, en général, conditionnelles sous quelque rapport; les conditions sont expresses ou tacites; quand la vente est sans condition suspensive ou sous condition résolutoire, IV, 43. — Suspensive ou résolutoire, la condition peut être affirmative ou négative; elle se réfère à un événement futur et incertain, sauf le cas exceptionnel de l'art. 1181 du Code civil; mais tout événement futur n'est pas indifféremment la matière d'une condition. IV, 44. — Toute condition est casuelle, potestative ou mixte. IV, 45. — La condition suspensive, purement potestative, est irritante; *secùs* de la condition résolutoire purement potestative. IV, 47. — La condition résolutoire potestative peut être mixte. IV, 48. — Il ne faut pas confondre une condition avec une clause-condition on charge; comment on distingue l'une et l'autre. IV, 48. — La naissance d'un engagement peut dépendre de plusieurs conditions suspensives, ou l'engagement être contracté sous plusieurs conditions résolutoires indivisibles ou alternatives; l'une des parties s'obliger purement et simplement, et l'autre sous une condition suspensive ou résolutoire. IV, 49. — En général, il faut que le fait suspensif ou le fait résolutif s'accomplisse dans le temps fixé; si nul temps n'est fixé, les art. 1176, 1177 du Code civil ne s'appliquent à la vente commerciale que quand la chose est vendue *in genere*; au cas contraire, le juge fixe un temps. IV, 50. — Est censée accomplie la condition qui défaille par le fait volontaire ou involontaire de celui qui a intérêt à ce qu'elle ne s'accomplisse pas. IV, 53. — Lorsqu'il y a doute si une vente est pure ou conditionnelle, la condition ne se supplée point. IV, 55. — A celui qui prétend la condition accomplie et qui agit en conséquence, incombe l'obligation d'en prouver l'accomplissement. IV, 54. — Elle peut se déduire *per viam consequentiæ* des termes du contrat et du sens que l'usage y attache; elle est plus elliptique que tacite. IV, 55. — Outre les conditions expresses, il en est de tacites; d'où elles viennent. IV, 74. — Exposition de la théorie du droit romain selon Pothier, Domat, Casaregis, sur la résolution du contrat pour cause d'inexécution de la part de l'un des contractants. IV, 74. — Dans le commerce, la résolution n'opère pas de plein droit pour défaut d'exécution au terme convenu; préalable à remplir par celle des parties qui prétend résoudre le contrat. IV, 81. — Il est des cas où, sans résoudre le contrat, l'accomplissement d'une condition tacite résout la convention sur l'exigibilité du prix; où l'accomplissement de la même condition révoque l'effet de la tradition. IV, 82. — Les conditions tacites qui résultent de l'usage obligent, si la stipulation ne les exclut pas; elles sont tantôt suspensives, tantôt résolutoires. IV, 83. — La stipulation de la provenance peut influer sur la condition tacite. IV, 84. — La condition tacite : *loyale* et *marchande*, n'affecte que les choses vendues *in genere*. IV, 84. — La condition suspensive tacite peut résulter de la nature de la chose vendue et de la manière dont le prix est stipulé. IV, 85. — Toutes les conditions out de commun la rétroaction de leur accomplissement. IV, 87, 88. — Effet de la condition suspensive, lorsqu'elle s'accomplit, lorsqu'elle est en suspens, lorsqu'elle vient à défaillir. IV, 87. — Les art. 1182, 1624 du Code civil ne sont pas applicables au commerce. IV, 88, 89. — Du cas où la chose vendue sous condition est revendue à un tiers *pendente conditione*, sous condition ou inconditionnellement. IV, 89. — Le mesurage n'est pas plus une condition suspensive que le pesage et le comptage. IV, 261, 271. — Du cas

CONTRAT, CONVENTION.

CONTRAT INNOMÉ.

CONTREBANDE.

CORPS CERTAIN (*species*),
CORPS INCERTAIN (*genus*).

CORRESPONDANCE.

COUR DE CASSATION.

COURTIER.

CRÉDIT (CONTRAT D'OUVERTURE DE).

CRÉDIT (PAPIERS OU VALEURS DE).

DATION EN PAYEMENT.

La dation en payement ne s'opère que par le transport de la propriété. V, 383. — Son effet n'est pas d'opérer novation, mais d'éteindre une dette. V, 387. — V. *Novation, Payement, Virement.*

DÉCONFITURE.

La déconfiture n'est pas définie par la loi ; sa définition. VI, 3, 7. — Distinction entre la déconfiture et la faillite. VI, 1, 2, 9. — Points de contact entre la faillite et la déconfiture. VI, 4, 5. — Les probibitions, les présomptions de fraude des art. 446, 447 du Code de commerce, le dessaisissement de plein droit, art. 443, n'atteignent pas le débiteur en déconfiture. VI, 9. — Le dessaisissement du déconfit ne s'opère que par des procès-verbaux de saisie, et ne s'étend qu'aux biens saisis. VI, 10.—V. *Actes in fraudem creditorum, Faillite, Payements et principes en matière de faillite.*

DEL CREDERE (COMMISSION).

Ce qu'on appelle commission *del credere*. III, 111, 126. — La convention *del credere* est laissée sous l'empire de l'usage; son origine, sa pratique dans l'Italie ; sa définition ; c'est une assurance. III, 127. — Elle n'est pas accessoire à l'obligation qui existe entre le commettant et le commissionnaire ; elle n'est pas une fidéjussion. III, 134. — Comment M. Locré explique l'obligation personnelle dû commissionnatre *del credere* ; l'explication de cet auteur est arbitraire, erronée, contraire à la loi, insuffisante. III, 137. — Le *del credere* ne change pas les rapports de commettant et de commissionnaire. III, 140.— Il ne peut résulter que d'une convention expresse ou implicite. III, 142. — Savary enseigne que le *del credere* est dû, que la marchandise se vende au comptant ou à terme ; c'est un abus. III, 145. — Peut-on garantir, à prix d'argent, la solvabilité d'un débiteur, lorsqu'il n'y a aucun risque imminent ? Une telle assurance est licite. III, 146. — Suivant M. Pardessus, lorsque le débiteur escompte, le commettant est libre de recevoir le produit de l'opération ou d'attendre l'échéance, l'escompte restant à la charge du commissionnaire. III, 147. — V. *Commission, Salaire.*

DÉLÉGATION DE MANDAT.

V. *Commission*, Negotiorum gestio, Negotiorum susceptio, *Détention, Révocation, Substitution.*

DÉLÉGATION DE PAYEMENT.

La délégation exige le concours du créancier, du débiteur et d'un tiers qui promet *animo novandi*. V, 390. — Il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du déléguant, ni que le concours des volontés se forme au même instant. V, 392. — L'art. 1275 du Code civil réduit la délégation à un règlement de prix ; le droit commercial l'a maintenue dans son acception vraie : *Chi delega paga*, sauf convention contraire. V, 395. — Virer, c'est déléguer à l'effet d'éteindre plusieurs obligations par une seule compensation ou par un seul payement effectif. V, 399. — On ne doit pas confondre la délégation imparfaite de l'article 1275 avec l'indication de payement de l'art. 1277 du Code civil, ni l'indication de payement avec le cas où un débiteur endosse à son créancier un effet à ordre. V, 406. — La délégation de l'article 1275 n'est qu'une novation imparfaite, c'est-à-dire conditionnelle. V, 408. — En fait de libération, une condition suspensive fréquente est le *sauf encaissement* sous-entendu dans les délégations et virements par billets à ordre. V, 411. — Les billets à ordre que le débiteur crée au profit de son créancier sont de l'acheteur au vendeur un mode d'exécuter le contrat, et entre les mains du créancier un moyen de virement pour acquitter sa propre dette. V, 411.— Pourquoi le déléguant transmettant un tel billet reste soumis à l'action du délégataire. V, 411. — Au contraire, la réception *in solutum* de la lettre ou du mandat de change opère une novation inconditionnelle. V, 412. — Conséquence du principe que la lettre de change transmise par la voie de l'ordre, en payement du prix, représente le prix : la dette du prix s'éteint par la prescription de cinq ans. V, 415. — Résumé de l'enseignement de la Cour de cassation sur la novation en cette matière. V, 420. — V. *Novation, Papiers de crédit.*

DÉLIVRANCE.

Dans la délivrance de la chose vendue, on doit distinguer si la chose est corps certain ou corps incertain. V,

DEMANDE, OFFRES.

DEMEURE (MISE EN).

DENRÉES.

DÉPOT.

DESSAISISSEMENT.

s'effectue à la consommation. V, 93. — La vente étant faite à la consommation, mais avec faculté de recevoir à l'entrepôt, les droits déduits, et le vendeur ayant stipulé le prix payable à terme ou au comptant sans escompte, si l'acheteur opte pour l'entrepôt et renonce au terme, il y a lieu à réfaction du prix; ce prix refait est seul escomptable. V, 96. — Une marchandise entreposée en douane par l'acheteur est une marchandise dont la tradition est effectuée; elle cesse d'être revendicable par le vendeur. VI, 415.—V. *Douane*, *Revendication*, *Transfert en douane*, *Transit.*

ÉQUITÉ.

L'équité, *recta ratio*, le droit naturel est la base du Code civil et du Code de commerce. I, 32. — Le supplément des lois, de l'usage, de la convention. I, 60. — Elle ne se décrète pas. *Ibid.* — Le juge du commerce est par excellence le juge d'équité. I, 67. —Ce que l'on appelle équité judiciaire; idée qu'en donne Emérigon, I, 457. — En quoi elle consiste; ordre dans lequel on doit recourir aux différents moyens de faire droit entre parties. I, 459. — La loi ne doit pas être éludée sous le prétexte de l'équité : en restant soumise à la loi, l'équité du juge n'est pas pour cela impuissante. I, 461. — Où commence l'empire de l'équité naturelle; elle est lui dans les cas où elle doit être appliquée. I, 462. — Si dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, le juge peut trouver quelque secours dans la jurisprudence des arrêts. I, 463. —Ce qu'il faut entendre par équité quand il s'agit d'un contrat ou de choses qui sont de l'essence ou de la nature d'un contrat. IV, 29. —Toute loi exceptionnelle (*contra rationem juris*) que l'on fait fléchir sous prétexte d'équité, manque son but et n'est plus qu'injustice. VI, 210. — Dans le conflit de deux équités ou de deux utilités publiques, la plus grande l'emporte; de deux inconvénients on doit choisir le moindre. VI, 210. — Une application de ce principe à une espèce. VI, 538.— *Summum jus, summa injuria*, une application de cette règle. VI, 387. — V. *Droit naturel.*

ESCOMPTE.

Définition de l'escompte; éléments dont se compose cette opération. V, 325.—Quand la convention d'escompte est faite au profit de l'acheteur ou du vendeur. V, 328. — Quand, à défaut de convention, l'acheteur peut escompter. V, 329. — Quand et en quel cas est nul le payement fait sous escompte au failli. VI, 318, 319. — V. *Prix.*

ESSAI (VENTE A L').

Aux termes de l'art. 1588 du Code civil, la vente à l'essai est présumée faite sous une condition suspensive potestative de la part de l'acheteur; mais le Code civil n'exclut pas la vente à l'essai sous condition résolutoire. IV, 304. — Le Code civil, art. 1587, 1588, fait deux catégories des choses achetées sous une réserve d'essai, celles qu'on est dans l'usage et celles qu'on n'est pas dans l'usage d'éprouver par le sens du goût. IV, 307. — Cette division ne s'adapte pas entièrement aux affaires de commerce. IV, 308. — Le système du Code ne se justifie que par l'utilité de son but. IV, 308. — L'art. 1587 ne s'applique à la vente commerciale que quand son application est conforme à l'équité et à l'intérêt du commerce. IV, 309, 322, 338 — Indication des quatre manières dont, en général, la marchandise est vendue. IV, 313. — Première hypothèse, premier principe : Si la chose présente, désignée par son espèce seulement, n'est pas de celles qui s'achètent au goût, la réserve d'essai ne se sous-entend jamais. IV, 313. — Deuxième principe : Si la réserve est stipulée et que la chose ait un cours, l'achat commercial est réputé fait sous une condition suspensive potestative de la part de l'acheteur, pour l'intervalle d'une bourse à l'autre. IV, 314. —Troisième principe : Si la chose présente est de celles qui se goûtent, la réserve d'essai se sous-entend de droit, et la condition est présumée suspensive purement potestative de la part de l'acheteur, à moins qu'il ne résulte de l'usage ou des circonstances que les parties ont entendu contracter une vente pure et simple. IV, 315.— Dans la vente d'effets mobiliers proprement dits, la réserve d'essai n'est jamais sous-entendue quand la chose est présente IV, 325. — La réserve peut être stipulée sous condition suspensive ou résolutoire. IV, 326. — Deuxième hypothèse : Dans la vente d'une chose présente, déterminée par son espèce et par des qualités spéciales,

L'exécution peut être pure et simple, à terme, conditionnelle. II, 418. — — L'accomplissement de l'affaire commise met fin au mandat. III, 365. — V. *Cas fortuit, Commission, Obligations du Commissionnaire, Prix, Responsabilité.*

EXÉCUTION EN MATIÈRE DE VENTE.

L'exécution de la vente peut être parfaite ou imparfaite. IV, 99. — Quand cette exécution est parfaite. IV, 99. — Le mode le plus fréquent d'exécution, c'est quand le vendeur délivre la chose et fait crédit du prix ; différents cas où la vente est imparfaitement exécutée. IV, 101. — Il est essentiel de distinguer quand la vente est consommée et quand l'exécution est imparfaite, IV, 102. — Comment, dans le commerce, s'exécute forcément l'obligation de livrer ou de restituer; art. 1144, 1143 du Code civil. IV, 104. — Les effets de l'exécution forcée sont différents, selon qu'elle est ordonnée dans l'intérêt du vendeur ou de l'acheteur; quelquefois suivant la nature de l'objet de l'obligation. IV, 463. — Lorsque l'acheteur poursuit l'exécution du marché, il assigne à livrer, faute de quoi il sera autorisé à se remplacer au prix du cours et le vendeur condamné au payement de la différence, s'il en existe. IV, 472. — Justice de cette exécution forcée, et sa raison tirée du but de la vente et d'une double cause de dommages et intérêts. IV, 473. — Explication de ces deux causes. IV, 474. — Ce que le juge ordonne, lorsqu'il autorise l'acheteur à exécuter la vente aux dépens du vendeur; ce que comprend la condamnation prononcée contre celui-ci. IV, 479. — La chose vendue étant un corps certain en la possession du vendeur, l'acheteur peut obtenir jugement exécutoire *manu militari.* IV, 484. — Comment le vendeur se fait autoriser de justice à vendre sur place aux dépens de l'acheteur constitué en demeure. IV, 491. — L'acheteur étant en demeure, si le vendeur poursuit l'exécution de la vente, l'intérêt de la somme due lui est allouée à 6 p. 100 à partir du jour de la négociation, tandis que dans la vente civile l'intérêt ne serait dû qu'à raison de 5 p. 100 et à partir du jour de la demande. IV, 536. — V. *Interprétation, Vente.*

FACTURE.

Définition de la facture. I, 261. — Elle est un mode de constater les achats et ventes du commerce; dérogation faite par l'art. 109 du Code de commerce à l'art. 1328 du Code civil. I, 261. — Son effet, son acceptation. I, 262. — Elle fait preuve entre les contractants, à l'égard des tiers; tient lieu de livraison et en produit les effets. I, 263. — Elle facilite les ventes et le mouvement des valeurs commerciales; elle peut être donnée en gage, en dépôt. I, 264. — Des conditions requises pour qu'elle opère transfert à l'égard des tiers; explication de chacune de ces conditions. I, 265. — L'effet de la tradition par la facture n'opère qu'entre les mains de celui auquel la marchandise est vendue, et non entre le commettant et le commissionnaire. II, 232. — Quand et en quels cas elle est aux mains d'un commettant un titre pour obtenir livraison des marchandises achetées pour son compte. II, 233. — A quelles conditions la remise de la facture opère tradition. V, 68. — M. Merlin enseigne, dans l'ancien Répertoire, que l'acheteur n'est pas approprié par la facture envers les créanciers du vendeur, et, dans le nouveau, qu'il est approprié *solo consensu*; réfutation de l'une et l'autre erreur. V, 69. — Si le vendeur qui a déjà vendu sur facture, vend la chose à un second acheteur de bonne foi qui se livre, celui-ci est préféré. V, 71. — Quand la facture que le vendeur fait et remet payable à son domicile change le lieu convenu pour le payement. V, 337. — Nécessité de ne pas confondre le contrat et la facture. V, 346. — La facture est un juste titre pour livrer et pour recevoir livraison. VI, 430, 431. — Elle est l'œuvre de celui qui vend VI, 432. — V. *Preuve, Propriété, Revendication, Tradition.*

FAILLITE.

Pourquoi, lorsque le commettant ou le commissionnaire cesse ses payements, le sort de l'un dans la faillite de l'autre n'est pas toujours le même. III, 258. — Effet du jugement qui déclare la faillite. III, 263. — Lorsque le *negotiorum susceptor* est approuvé, la ratification tient lieu de mandat, mais elle doit être donnée en temps opportun. III, 385. — La faillite du commettant ou du commissionnaire met fin au mandat. III, 387. — Effet de la condition suspensive ou de la condition résolutoire qui s'accomplit après la faillite du vendeur. IV, 90. — La loi des faillites est, en général,

FIN DU CONTRAT DE COMMISSION.

FRAUDE.

GAGE TACITE (CONTRAT DE).

GESTION D'AFFAIRES.

HOMME.

IMPENSES RELATIVES A LA CHOSE VOLÉE OU DÉTOURNÉE.

INCAPACITÉ.

136, 138. — V. *Femme mariée*, *Mineur*.

INDEMNITÉ.

Le commissionnaire ne doit pas souffrir de sa gestion, lorsque aucune faute ne lui est imputable. III, 150, 154. — Quand une perte a-t-elle pour cause l'exécution du mandat; règle posée par Africain; distinction de Pothier rejetée par le Code civil. III, 155. — Nulle indemnité due au *negotiorum gestor* pour pertes qu'il éprouve par suite d'une gestion qu'il s'est spontanément imposée, le maître ne profitant pas de ces pertes; *secùs* de celui qui, mandataire, devient *negotiorum gestor* par l'effet d'un cas fortuit ou insolite. III, 158. — Indemnité est due au commissionnaire des engagements personnels qu'il a contractés; explication et sens de l'art. 1998 du Code civil. III, 162. — Lorsque les parties ont réglé d'avance par quel moyen le commissionnaire obtiendra sécurité pour ses engagements personnels, on doit suivre la convention. III, 166. — S'il n'a été rien convenu, il n'en doit pas moins être pourvu à sa sûreté personnelle; disposition du droit romain; doctrine de Pothier. III, 166. — De quelle manière il peut être pourvu à la garantie due au commissionnaire. III, 168. — Si, pour libérer le commissionnaire, le commettant lui paye comptant ce que le premier ne doit qu'à terme, a-t-il droit à la bonification de l'escompte? Il y a droit, si c'est le commissionnaire qui exige des garanties; *secùs*, s'il ne demande rien, et si c'est le commettant qui le force à recevoir. III, 169. — Mêmes sûretés sont dues au *negotiorum gestor* pour les engagements contractés dans la juste mesure d'une bonne administration. III, 170. — Le commissionnaire a droit d'exiger des sûretés dès qu'il a personnellement contracté pour l'exécution du mandat; cas exceptionnel. III, 170. — Espèce particulière où le commissionnaire ne peut demander aucune sûreté pour les engagements personnels qu'il a contractés. III, 172. — V. *Commettant*, *Commissionnaire*, *Dommages et intérêts*, *Responsabilité*.

INTERDICTIONS.

Les interdictions sont de deux sortes : les unes concernent certaines personnes auxquelles tout commerce est défendu. I, 100. — Les autres regardent certains fonctionnaires publics, certains agents du gouvernement relativement à certaines choses. I, 103. — Elles sont introduites contre l'intérêt de ces personnes; le contrat est valable si celui qui a traité avec ces agents ignorait l'infraction; s'il la connaissait, il est nul; réfutation de l'opinion contraire. I, 105. — Un tiers traite avec une de ces personnes, le contrat est-il nul *ipso jure*, ou relativement? On doit distinguer. I, 103. — V. *Actes de commerce*, *Incapacités*.

INTÉRÊT (du commerce).

Ce qu'on doit entendre par l'intérêt du commerce. I, 61. — Cet intérêt est sa première loi. I, 66.

INTÉRÊTS (V. *Avances*).

INTERPRÉTATION.

Toute convention douteuse doit s'interpréter contre celui qui a stipulé. II, 379. — Le mandat doit être exécuté suivant l'intention du mandant. II, 379. — Le devoir du commissionnaire est de comprendre l'intention du commettant; espèce où il serait responsable de ne l'avoir pas comprise. II, 386. — Il est du devoir du commettant de s'exprimer clairement; espèce où il doit s'imputer de ne l'avoir pas fait. II, 386. — Quand l'ambiguïté ou l'obscurité de l'expression laisse douter si les parties ont voulu une vente pure ou conditionnelle, le juge recherche l'intention des parties, et lorsque l'usage du commerce a consacré le sens de certaines expressions, il ne peut les interpréter dans un autre sens. IV, 54, 55. — L'interprétation d'une loi préventive de la fraude n'exclut pas une interprétation rationnelle. VI, 323 et suiv. — V. *Faillite*, *Fraude*.

JURIDICTION CIVILE.

Elle est incompétente pour reconnaître et constater la faillite. VI, 67. — Ce qu'était la pleine juridiction au temps de la première et de la deuxième race de nos rois; comment le roi se déclare chef de la justice, et réunit en outre le pouvoir exécutif. VI, 78. — De quels éléments se composait, aux mains des rois, la pleine juridiction. VI, 78,

70. — Comment il la concéda à des seigneurs féodaux ou la délégua à des juges royaux dans un certain *detroit*. VI, 70. — Nécessité, vu les progrès du commerce, de la navigation et de l'industrie, de créer de nouveaux tribunaux; juridiction des juges et consuls des marchands. VI, 79. — Ils n'eurent pas l'exécution de leur sentence, mais seulement le pouvoir de juger; résistance qu'ils rencontrent dans les juges seigneuriaux. VI, 80. — Pourquoi ceux-ci, par des conflits et leur *pleine juridiction*, s'ingénient à s'arroger la connaissance des affaires commerciales. VI, 81. — Aujourd'hui la plénitude de juridiction n'est qu'un effet sans cause et sans nom; en quel sens les tribunaux civils ont la pleine juridiction. VI, 83. — La compétence des tribunaux de commerce, comme autrefois celle des juges-consuls, est une compétence *ratione materiæ* et *exclusive*. VI, 85. — Conséquence du prétendu principe de la pleine juridiction. VI 86. — Réponse à l'objection que le juge de l'action est aussi le juge de l'exception. VI, 88. — Principe : lorsqu'une attribution est faite à tel juge, tel autre juge, fût-il du même ordre, devient incompétent. VI, 89. — Arrêt de la Cour de cassation qui a condamné sa jurisprudence actuelle. VI, 90. — Comment les partisans de la pleine juridiction peuvent la définir relativement aux tribunaux civils. VI, 91.

JURISPRUDENCE (APPLICATION DU DROIT).

Sa définition; sa similitude avec l'usage, sous certains rapports; sa disparité caractérist.que. VI, 556, 557.

JUS (EX FACTO ORITUR),

Sens de cette maxime, VI, 503, *in notis*.

LETTRE DE CHANGE. (V. *Change, Provision.*)

LETTRE DE VOITURE.

La lettre de voiture est au commerce de terre ce qu'est le connaissement au commerce maritime. V, 66. — Là où est la bonne lettre de voiture, là est la marchandise. V, 67. — La lettre de voiture et le connaissement étant des modes de livraison créés par la loi, la loi en a commandé les énonciations et déterminé le caractère; mais elle ne leur a pas imposé une forme obligée. VI, 434. — Divers effets de la lettre de voiture et du connaissement; ces papiers se transmettent par la voie de l'ordre; ils représentent la marchandise en voyage; leur possession équivaut à la possession de la chose. VI, 435 et suiv. — V. *Connaissement.*

LETTRES MISSIVES.

Les lettres missives sont des écritures privées, mais non des actes sous seing privé dans le sens de l'art. 1325 du Code civil. I, 168. — C'est une règle, entre commerçants, de répondre à une lettre reçue, lorsque le silence gardé peut causer préjudice à l'auteur de cette lettre. II, 242. — Idée que l'on doit se faire de la fonction que remplit une lettre missive. I, 176. — Elle peut être révoquée tant qu'elle n'est pas reçue du destinataire. I, 168; II, 402. — Mise à la poste, à qui appartient-elle? Est-elle révocable, tant qu'elle n'a pas été remise et reçue? Examen de la question et solution affirmative. I, 184. — V. *Correspondance, Preuve.*

LIEU.

Le lieu dans lequel la demande ou les offres de services ont été acceptées détermine celui de la formation du contrat. I, 173, 314. — Le lieu de l'exécution du mandat a son importance; c'est selon l'usage de ce lieu qu'à défaut de convention on règle les droits et les devoirs du commissionnaire; il sert aussi à juger de la foi due à certains actes. II, 453. — Le lieu de l'exécution, une fois convenu, fait partie substantielle du contrat; espèces diverses. II, 454. — Le lieu de la délivrance de la chose vendue peut être convenu ou ne l'être pas. V, 221. — Le vendeur doit livrer au lieu convenu, et supporte les frais de délivrance. V, 222. — Lorsque aucun lieu de livraison n'a été stipulé, si l'objet est un corps certain, la délivrance doit être faite au lieu où il se trouvait lors de la vente. V, 222. — S'il s'agit d'un corps incertain, l'acheteur doit demander livraison au domicile du vendeur. V, 222. — L'acheteur supporte les frais d'enlèvement. V, 222. — La clause : livrable au débarquement sur le quai, a pour objet d'éviter un transport, un magasinage, et la substi-

NEGOTIORUM GESTOR.

mandat doit être exécuté, il se fait encore *negotiorum gestor*. II, 522, 523. — Chargé d'acheter ou de vendre pour exécuter des engagements antérieurs du commettant, le commissionnaire qui ne peut le faire au prix fixé, devient *negotiorum gestor* ; sa gestion doit être approuvée dans la juste mesure de son utilité. II, 478, 482, 484. — Quelles qualités essentielles Baldus établit pour une gestion irréprochable entreprise dans l'impossibilité de remplir le mandat pour le prix fixé. II, 479. — En quels cas le commissionnaire pour vendre devient, par excès de prix, *negotiorum gestor*. II, 481. — Lorsque, en cas de décès du commettant ou du commissionnaire, il y a lieu à pourvoir à l'urgence, le mandat ne continue pas ; c'est une gestion d'affaires qui commence. III, 384. — V. *Engagements et stipulations pour autrui*, *Gestion d'affaires*, *Obligations du commissionnaire*, *Révocation*.

NEGOTIORUM SUSCEPTOR.

Autre chose est faire l'affaire d'autrui, et faire une affaire pour autrui ; distinction du *negotiorum gestor* et du *negotiorum susceptor*. II, 140, 141, 145, 179. — Le gérant qui sort des bornes de son administration, le mandataire qui excède son mandat, sont un *negotiorum susceptor*, de la même manière que celui qui de prime abord fait une affaire pour autrui. II, 181, 201. — Le *negotiorum gestor* est régi par les lois relatives à la gestion d'affaires ; le *negotiorum susceptor*, par les lois relatives aux engagements et stipulations pour autrui. II, 196, 197. — Effet de la ratification entre le ratifiant, le *negotiorum susceptor*, entre ceux-ci et les tiers. II, 203, 204, 207. — Elle fait du *negotiorum susceptor* un véritable commissionnaire, et lui confère tous les avantages et toutes les obligations du mandat. II, 210, 223. — Si et quand le *negotiorum susceptor* peut révoquer l'annonce d'une affaire faite pour quelqu'un. II, 217. — Si et quand le *negotiorum susceptor* auquel on ne répond pas dans un délai fixé, peut tenir l'opération faite pour son compte. II, 218. — Lorsque le commissionnaire, sans nécessité, dénature l'objet du mandat, il devient *negotiorum susceptor*, et l'opération peut être arbitrairement laissée à ses risques et périls. II, 410, 411. — Autre est sa position, lorsque, par suite d'un cas fortuit et insolite, il dénature l'objet de son mandat. II, 414. — Dès que le *negotiorum susceptor* n'est pas approuvé, il ne peut s'agir quant à lui de révoquer un mandat ou une gestion d'affaires ; il est seul engagé envers le tiers qui a contracté envers lui ; il en est de même de son mandataire qui traite en son propre nom ; mais pleine indemnité est due à ce mandataire par le *negotiorum susceptor*. III, 383. — Lorsque celui qui n'a, ni n'affirme avoir mandat, fait une affaire pour autrui ou l'affaire d'autrui, il est *negotiorum susceptor* ou *gestor*. III, 192. — V. *Commission*, *Engagements et stipulations pour autrui*, *Gestion d'affaires*, *Negotiorum gestor*, *Obligations du commissionnaire*, *Ratification*, *Révocation*.

NOVATION.

La novation équipolle à payement. IV, 99. — La passation du prix de vente en compte courant emporte novation. IV, 99. — Divers espèces dans lesquelles il y a ou il n'y a pas novation. IV, 100. — L'assimilation que l'art. 575 du Code de commerce fait du règlement du prix avec le payement est une novation. V, 355. — Explication de l'article 1273 : la novation ne se présume pas ; il faut que l'intention de l'opérer résulte clairement de l'acte. V, 358. — La novation ne peut exister sans deux obligations, dont la première est réduite à nul effet, soit par son incompatibilité avec la seconde, soit par la volonté expresse ou tacite des contractants. V, 366. — La lettre de change implique un contrat de change ; le caractère propre de ce contrat est incompatible avec celui du contrat de vente. V, 367. — On peut déguiser un contrat sous l'apparence d'un autre, pourvu qu'ils soient licites ; alors le contrat simulé dégénère en un moyen d'exécuter l'autre. V, 363, 368. — Sans une convention expresse, le règlement du prix *in contractu*, *in continenti*, n'opère pas novation. V, 371. — Les pactes *ex intervallo* l'opèrent si l'intention de l'opérer est expresse, ou résulte clairement de l'acte, ou si la nature de la seconde obligation est incompatible avec la nature de la première. V, 372. — De la novation par changement du débiteur ou par changement de créancier. V, 372. — La lettre de change et le billet à domicile, reçus *ex intervallo* en payement du prix, novent la dette *ipso facto*. V, 376. — La novation s'opère encore par la

OBLIGATION.

OBLIGATIONS DU COMMETTANT.

OBLIGATIONS DU COMMISSIONNAIRE.

a faites à la chose commandée ne sont pas nuisibles, sont même avantageuses. II, 389, 390. — Il doit observer, dans l'exécution de son mandat, tout ce qui lui est commandé relativement au mode d'exécution. II, 393, 394. — Il peut quelquefois l'accomplir de plus d'une manière, et l'emploi des moyens ne tire à conséquence que s'il en résulte dommage. II, 396, 397. — Il devient assureur du mode qu'il substitue, tenu de réparer le préjudice causé. II, 399. — Il ne peut se charger d'intérêts opposés aux siens; conséquences et limitations de ce principe. II, 400. — Il est de son devoir de communiquer exactement et sans délai tous les renseignements utiles qui lui parviennent touchant les négociations dont il est chargé, et de donner avis de la conclusion de l'affaire. II, 404, 405. — Il ne doit pas être moins attentif à se procurer la preuve de l'exécution de son mandat. II, 407. — L'opération conclue, il ne peut ni la modifier, ni la résilier au préjudice de son mandant. II, 408. — Lorsque, sans nécessité, il dénature l'objet de son mandat, il devient *negotiorum susceptor*, et l'opération peut être arbitrairement laissée à ses risques; mais s'il s'est borné à l'inobservance de quelques prescriptions, il est seulement *negotiorum gestor*, et en cette qualité on ne peut lui laisser l'opération bien faite; si sa gestion est fautive, il doit réparation du préjudice. II, 410, 411. — Nulle différence quant à leurs droits et devoirs entre le commissionnaire de l'art. 91 et celui de l'art. 92 du Code de commerce; la différence n'existe que dans leurs obligations envers les tiers. III, 70. — Explication que M. Locré donne de ces articles; confusion qu'il fait; à quoi tient l'obscurité de l'art. 92; ce qu'il signifie; il est dans le Code des dispositions dont les unes sont inintelligibles et les autres injustifiables. III, 72. — Erreur de M. Vincens qui enseigne que celui-là seul est commissionnaire qui agit en son propre nom; cause de cette erreur; pourquoi les art. 91 et 92 permettent deux sortes d'agissements. III, 79. — Lorsque le mandat ne prescrit spécialement aucun des deux modes d'agissements, c'est un usage universellement reçu que le commissionnaire l'exécute en son nom; nécessité de cet usage; exceptions. III, 82. — Le commissionnaire qui agit en son nom, devient obligé personnel des tiers avec lesquels il traite; critique de cinq arrêts de la Cour de Rennes. III, 88. — Conséquence du principe : le tiers et le commissionnaire peuvent seuls s'entre-contraindre à l'exécution du contrat; applications diverses. III, 93. — Cas exceptionnel où le tiers peut exiger la désignation du commettant pour se faire un moyen de défense contre le commissionnaire. III, 94, 202. — Comment il arrive qu'en certaines circonstances le tiers a recours contre le commettant, et le commettant contre le tiers. III, 94. — Du principe que le commettant est en dehors du contrat fait par le commissionnaire résultent de notables conséquences, particulièrement en ce qui concerne la compensation; espèces diverses. III, 95. — V. *Agissement*, *Compensation*, *Exécution*, *Mandat*, *Responsabilité*.

OFFRES DE SERVICES.

V. *Demande*, *Correspondance*, *Lettres missives*.

ORDRE, ENDOSSEMENT.

Le mot ordre a deux significations distinctes; dans le commerce des lettres de change et la cession des papiers commerciables, il signifie le moyen légal de les négocier ou aliéner; en toute autre matière, il signifie pouvoir ou commission de faire une ou plusieurs affaires. VI, 439. — L'endos d'un connaissement est un *endos-mandat* bien différent de l'*endos-transport*, dont les art. 136, 137 du Code de commerce ont déterminé la forme et les effets. VI, 439 et suiv. — V. *Revendication*.

ORDRE DE LIVRAISON.

Un ordre de livraison n'est ni une tradition effective, ni une quasi-tradition; c'est un moyen d'obtenir la délivrance. V, 47. — Utilité des ordres de livraison. V, 164. — On ne peut livrer et recevoir en un ordre de livraison sans un pacte exprès. V, 166. — Ce qu'on appelle vendre et livrer en un ordre de livraison. V, 166. — L'ordre étant à personne dénommée, l'acheteur n'a de recours que contre son vendeur; usage contraire de Marseille. V, 168. — Lorsque l'ordre est transmissible, tous les signataires répondent de son exécution. V, 169. — Usage de centraliser les ordres de livraison dans la main du premier donneur d'ordre; ses inconvénients, son utilité, sa légalité. VI, 307. — V. *Acheteur (faillite de l')*, *Délivrance*, *Faillite*, *Tradition*, *Vente*.

PACTES.

Distinction entre les pactes formés dans le contrat et les pactes *ex intervallo*; fondement de cette distinction; son effet. V, 342, 347, 368. — Les pactes accessoires d'une vente ne sont ni le contrat, ni aucun autre contrat. V, 366, 368. — V. *Clause*, *Contrat innomé*, *Délivrance*, *Payement*, *Prix*.

PARTICIPATION.

Définition de la participation *in specie* appliquée aux achats et ventes du commerce. VI, 212, 224. — Sa définition *in genere*. VI, 223. — Ce qui constitue l'essence de la participation, c'est que l'associé qui agit n'use que de son propre crédit. VI, 219. — Examen de la question de savoir si le participant qui agit est seul propriétaire de ce dont il a fait l'achat et dont il s'est livré pour compte; solution négative. VI, 212, 213. — Signification, en matière de participation, des termes *chose*, *affaire*, *opération*. VI, 217. — Il est essentiel de distinguer, dans une participation, la convention principale et les pactes accidentels. VI, 218. — Erreurs qui ont été enseignées en matière de participation. VI, 219. — La participation est une société pouvant être ou n'être pas *de re communicanda*, et n'est pas plus un être moral dans l'un de ces cas que dans l'autre. VI, 224. — Comment se règlent les droits du vendeur et des deux participants, ou de la faillite respective de ceux-ci *pro varietate casuum*. VI, 225. — Au temps des anciens docteurs italiens, on ne connaissait point en Italie un contrat qui eût la dénomination légale de participation. VI, 229, 231. — Chez eux les mots *particeps*, *participe*, *partecipazione*, ont principalement rapport à la société dite *accomenda*. VI, 220. — Cette société était de deux sortes; leur caractère distinctif. VI, 229, 230. — Aucune des deux ne ressemble à l'association en participation telle que le Code de commerce l'a reconnue. VI, 235. — Néanmoins, la convention de participation existait en Italie, comme ailleurs, à l'état de contrat *juris gentium*. VI, 235. — V. *Société*, *Solidarité*.

PAYEMENT (EN MATIÈRE DE FAILLITE).

Economie de la loi sur la nullité ou l'annulabilité des payements en matière de commerce. VI, 315. — Le but des art. 446, 447 est de prévenir jusqu'aux tentatives de payements qui pourraient favoriser un créancier au préjudice des autres créanciers. VI, 316. — L'art. 446 est une loi contraire à l'équité, et qui imprime le caractère de fraude à un fait qui, en soi, n'a rien de frauduleux. VI, 316. — L'art. 447 est une loi moins soupçonneuse et moins sévère que l'art. 446; différence entre les deux dispositions. VI, 318. — Ce qu'est une dette échue, et dans quel cas l'art. 446 est applicable à une dette payée avec escompte. VI, 318. — Dans une vente au comptant qui, suivant l'usage, comporte un délai plus ou moins long, la dette acquittée *anté diem* n'est pas une dette échue. VI, 321. — Le payement d'une dette échue n'éveille aucun soupçon de fraude, pourvu qu'il soit conforme aux habitudes commerciales; quelle est, entre commerçants, la manière courante de payer. VI, 322. — En quoi consiste la fraude prévue par l'art. 447; effet de la nullité qu'il prononce. VI, 324. — L'absence de tout préjudice est la seule exception à la règle posée dans l'art 447. VI, 327. — Ce qu'il faut entendre par *effets de commerce*; assimilation légale de ces effets *aux espèces monnoyées* en ce qui touche les payements habituels entre commerçants VI, 329. — Explication des deux art. 446 et 449 combinés. VI, 329, 332. — A quel moment il faut que le créancier ait connu la cessation de payements de son débiteur. VI, 330. — Contre qui le rapport est demandé, et du cas où, la traite qui a servi au payement du créancier étant fournie par son ordre et pour son compte, ce créancier ordonnateur ou son commissionnaire connait, au moment de l'émission, la cessation des payements du débiteur. VI, 332. — V. *Acheteur*, *Actes* in fraudem creditorum, *Faillite*, *Principes en matière de faillite*, *Vendeur*.

POSSESSION.

En fait de marchandises, le possesseur est réputé propriétaire; raison de cette présomption. III, 282, 283; IV, 139. — Les art. 2279, 2280 sont d'ordre public et régissent la vente commerciale tout aussi bien que la vente civile. IV, 139, 140. — V. *Tradition*.

POSTE.

Une lettre mise à la poste n'appartient

PRINCIPES.

PRINCIPES (EN MATIÈRE DE FAILLITE).

PRIVILÉGE.

PRIX (EN MATIÈRE DE MANDAT).

PROHIBITIONS.

PROMETTRE POUR AUTRUI.

PROPRIÉTÉ.

PROVISION (LETTRE DE CHANGE).

vision appartient au porteur, ou si cette provision reste dans l'actif du tireur failli. V, 430. — Exposition sommaire des divers systèmes enseignés. V, 434. — Incohérence et contradiction des motifs sur lesquels ces divers systèmes se fondent. V, 431. — La double obligation imposée au tireur par les art. 116, 118 du Code de commerce de garantir l'acceptation de la lettre et de pourvoir à la provision, n'implique ni la cession d'une créance, ni le transport de rien autre chose. V, 450. — Obscurité, fausseté, inutilité, inconvénient de l'art. 117. V, 455. — La propriété de la lettre ne consiste ni en une créance du tireur sur le tiré, ni en une propriété quelconque que le tiré détienne pour le tireur; la lettre de change constitue une dette active du preneur contre le tireur. V, 457. — La quantité d'argent monnayé, objet de la lettre, ne s'identifie pas avec la provision, moyen de payer. V, 459. — L'obligation ne saurait être convertie en un mode d'exécution. V, 461. — L'intention de l'art. 149 n'a pas été d'attribuer au porteur la propriété de la provision; conférence de cet article avec l'art. 30 de l'ordonnance de 1673, titre 15; proposition du Code de commerce dans l'art. 149. V, 464. — Explication de l'art. 149: il n'a pas pour objet d'attribuer au porteur la propriété de la provision. V, 470. — Le porteur d'une lettre de change n'est pas un mandataire *in rem suam*; il n'exécute aucun mandat; il remplit sa propre obligation. V, 475. — La faillite du tireur révoque le mandat de payer que sa lettre a donné au tiré; pourquoi le tiré qui accepte, ne sachant pas la faillite, n'est pas restituable contre son acceptation. V, 478. — Les vrais principes sur la provision, formulés par le Code hollandais. V, 479, 480. — La prétendue propriété de la provision n'est qu'un privilége déguisé. V, 480, 481. — La jurisprudence reçue est contraire à l'intérêt et au bon ordre du commerce; elle facilite la banqueroute frauduleuse. V, 484. — V. *Change*.

PROVISION (MANDAT).

Certaines commissions exigent une provision nécessaire à leur accomplissement; conventions les plus usuelles en ce point. II, 361. — A défaut de convention en ce qui regarde la provision nécessaire à l'accomplissement du mandat, l'usage en tient lieu. II, 362. — V. *Commission*.

RATIFICATION.

Il y a deux sortes de ratifications: l'une réglée par l'art. 1338 du Code civil, l'autre par l'art. 1998. II, 203. — La ratification de l'art. 1998 est aussi de deux sortes : expresse ou tacite. II, 204, 205. — En quels cas les principes de cette ratification s'appliquent au *negotiorum gestor*, au *negotiorum susceptor*, au mandataire. II, 205, 206. — Ratifier en partie, c'est ratifier pour le tout. II, 206. — Effet de la ratification entre parties; elle rétroagit. II, 207, 210. — Elle n'opère jamais contre les droits antérieurement acquis. II, 211, 212. — Elle peut être revoquée par le ratifiant; en quel cas et quand. II, 216, 218. — Le *negotiorum susceptor* peut révoquer l'annonce d'une affaire faite pour quelqu'un, tant qu'elle n'est pas acceptée. II, 217. — De la ratification d'une affaire faite par le *negotiorum gestor contemplatione plurium*. III, 177. — V. *Correspondance*, *Engagement pour autrui*, Negotiorum susceptor.

RECONDUCTION.

Le contrat de commission peut exister par tacite reconduction. II, 190. — V. *Commission*.

RÉDHIBITION.

Rédhibition signifie faire que le vendeur ait de nouveau la chose. V, 245, 252. — L'action rédhibitoire se divise en deux actions, l'action rédhibitoire proprement dite, et l'action *quanti minoris*. V, 253. — On peut vanter les bonnes qualités de la chose, mais on n'en doit jamais déguiser les mauvaises. V, 254. — Deux causes principales donnent lieu à l'action rédhibitoire : le vice ou la mauvaise qualité de la marchandise, et l'affirmation téméraire du vendeur. V, 255, 256. — Le vice et la mauvaise qualité ne sont rédhibitoires que lorsqu'ils sont occultes; il n'importe que le vendeur les ait connus ou non. V, 257. — Il faut ensuite que le vice ait existé lors de la vente ou de la tradition, suivant qu'il s'agit d'un corps certain ou d'un corps incertain. V, 258. — Les vices qui donnent lieu à rédhibition varient suivant la nature des marchandises; les uns sont réglementés, loi du 20 mai 1838; les autres déterminés par

l'usage. V, 259. — L'effet de la rédhibition est d'annuler la vente, et de remettre les parties au même état que si elle n'avait pas eu lieu, sans ou avec dommages et intérêts, suivant la bonne ou la mauvaise foi du vendeur. V, 260. — Lorsque la chose périt avant la restitution, par le vice de la chose, la perte est pour le vendeur. V, 260. — Elle est pour l'acheteur si elle périt par sa faute; *idem juris*, si elle est détériorée par sa faute ou par son fait. V, 261. — Périt-elle par cas fortuit, le vendeur est tenu de la rédhibition; inapplicabilité de l'art. 1647 du Code civil. V, 261. — Lorsque plusieurs choses ont été vendues en même temps et par le même contrat, il y a une seule vente ou plusieurs ventes, suivant que le prix est un ou multiple; là où il n'y a qu'une vente, la rédhibition d'une chose opère la rédhibition de toutes; là où il y a plusieurs ventes le vice de l'une des choses vendues n'entraîne pas la rédhibition des autres. V, 262. — Mais le prix fût-il unique ou séparé, il n'y a qu'une seule vente pour les objets composant un assortiment. V, 262. — Si les choses vendues sont indépendantes et séparables, *pretio in singula constituto*, il y a autant de ventes que de prix. V, 263. — S'il n'y a qu'un seul prix et que les choses ne forment pas un assortiment, l'objet vicieux est seul sujet à rédhibition. V, 263. — L'action rédhibitoire cesse par l'effet d'une convention, le vendeur étant de bonne foi. V, 264. — *Idem*, lorsque l'acheteur a connu le vice. V, 264. — Ou bien lorsque l'action n'a pas été intentée dans le délai fixé par la loi ou l'usage; modification faite au Code civil par la loi du 20 mai 1838. V, 264. — En règle générale, la réception ou la revente de la chose n'est pas une fin de non-recevoir contre la rédhibition. V, 265. — Les art. 105 et 106 du Code de commerce ne sont pas applicables entre l'acheteur et le vendeur; jurisprudence de la Cour de cassation; réfutation d'un arrêt de la Cour d'Aix. V, 267. — V. *Action* quanti minoris.

RÈGLEMENT DU PRIX.

Le brocard *Qui règle paye* n'est vrai que dans le cas spécial de l'art. 575 du Code de commerce. V, 354. — Formule d'un règlement de prix. V, 355. — Quand le règlement du prix quittancé fait ou ne fait pas novation. V, 357. — Du règlement du prix *in contractu, in continenti*. V, 370. — Du règlement du prix par un pacte *ex intervallo*. V, 372. — V. *Novation*, *Pacte*.

RENONCIATION.

Le mandataire peut renoncer au mandat; explication de l'art. 2007 du Code civil; conséquences qui en résultent. II, 294. — Les deux premières conséquences applicables à la commission; mais si la continuation du mandat cause au commissionnaire un préjudice considérable, il ne peut y renoncer qu'à charge d'indemniser le commettant. II, 295. — Le dérangement des affaires du mandant est une juste cause de renonciation; la loi romaine, citée par Pothier, n'est pas, dans l'espèce, ce que l'on doit entendre par dérangement d'affaires. II, 299. — Le commissionnaire fondé dans sa renonciation doit continuer ses soins à l'affaire jusqu'à ce que le commettant ait pu pourvoir à ses intérêts. II, 301, 302. — La notification de la renonciation peut se faire par acte d'huissier, comme dans le droit civil; dans l'usage du commerce, la correspondance suffit. II, 302. — L'inimitié qui, dans le droit romain, est une juste cause de renonciation au mandat, n'en est pas une dans le contrat de commission. II, 302. — La disposition du droit romain et la doctrine de Pothier sur les diverses causes de renonciation au mandat ne sont pas applicables à la commission. II, 303. — La liberté du commissionnaire de renoncer au mandat n'est pas aussi étendue que celle du commettant de le révoquer. III, 377, 378. — Le commissionnaire devenu *negotiorum gestor* par l'effet d'un cas fortuit ou insolite ne peut renoncer à la gestion qu'il a commencée; mais il n'est pas tenu de la commencer lorsqu'elle lui causerait un préjudice considérable. II, 413. — V. *Fin du contrat de commission*.

RÉSOLUTION (DE LA VENTE).

Les effets de la résolution varient suivant qu'elle est de plein droit ou prononcée en justice, suivant que la demeure est du côté du vendeur ou du côté de l'acheteur, que le débiteur est *integri status* ou en faillite. IV, 465 — Tout retardement de livrer et toute demeure de payer impliquent l'accomplissement d'une condition résolutoire potestative, soit au profit de l'acheteur non livré, soit au profit du vendeur non

chandise remplaçant une autre, au produit de l'assurance à laquelle le commissionnaire a pourvu. III, 352. — Il assure le payement de toutes avances, anticipations, valeurs sorties des mains du commissionnaire et qui profitent au commettant; arrêt de la Cour de cassation. III, 354. — Le *negotiorum gestor* a droit de retenir la chose gérée jusqu'à payement de tout ce que lui a coûté sa gestion utile. III, 356. — Et même, encore bien que sa gestion n'ait pas réussi, lorsqu'il est devenu *negotiorum gestor* par l'effet d'un cas fortuit ou insolite, et qu'il est exempt de faute. III, 357. — Dès qu'il est approuvé, le *negotiorum susceptor* a droit de retenir la chose, objet de la stipulation qu'il a faite pour autrui. III, 357. — Tant que le possesseur, *etiam malæ fidei*, auquel des impenses sont dues, n'est pas remboursé, il a droit de retenir la chose. VI, 389. — Le texte de l'art. 93 donne lieu à trois questions également importantes, mais distinctes. VI, 452 et suiv. — Le droit accordé au commissionnaire, sous le nom de privilége, n'est que le droit de rétention; différence entre le privilége et la rétention. VI, 453 et suivants. — Réponse à l'objection que le droit de rétention n'est pas exclusif. VI, 439 et suiv. — Le sous-consignataire auquel le commissionnaire a consigné et délivré la marchandise, a le droit de la retenir. VI, 460, 461. — Si l'acheteur fait résoudre son achat et restitue la marchandise au commissionnaire, la nouvelle détention de celui-ci fait renaître son privilége. VI, 460. — Le commissionnaire qui a vendu et livré, mais qui détient le prix reçu ou les valeurs dans lesquelles ce prix a été réglé, a préférence ou privilége. VI, 461. — Si les valeurs reçues, et dont le commissionnaire a crédité son commettant, reviennent à protêt et lui sont rendues, son privilége renaît, comme celui du commissionnaire qui a vendu et livré, mais dont la vente a été résolue. VI, 462 et suivants. — Corrélation intime, quant au droit du commissionnaire, entre la chose et le prix. VI, 463. — Les art. 93 et 94 ne constituent qu'une même disposition; ils sauvegardent le même intérêt, l'un avant, l'autre après l'exécution du mandat. VI, 463. — Le commissionnaire retient la chose pour la vendre, et le prix pour se payer. VI, 464. — Critique que le Répertoire méthodique et alphabétique adresse aux auteurs; réfutation de cette critique par le Répertoire lui-même. VI, 465 et suivants. — L'art. 93 est démonstratif; pourquoi le droit de rétention ne doit pas être confondu avec le privilége; espèce. VI, 469. — Il n'est pas vrai que les auteurs, comme on le leur a imputé, rejettent toutes les règles écrites. VI, 472. — Le droit de rétention n'est pas une exception personnelle; sa réalité prouvée par les lois romaines et par l'autorité de Casaregis. VI, 473 et suivants. — Pour assurer au commissionnaire le droit de rétention, il n'est pas nécessaire que la marchandise lui ait été directement expédiée; ce droit n'exige que des avances et la détention d'une marchandise. VI, 481. — Conséquences déplorables du système contraire. VI, 483. — L'esprit et la portée de l'art. 93 ont été bien saisis par le tribunal consulaire de Marseille et par un arrêt de la Cour de Douai, confirmé par la Cour de cassation. VI, 481. — C'est par abus de langage que l'on dit consignations *directes* et consignations *indirectes*; le sous-commettant qui consigne au sous-commissionnaire fait une expédition aussi directe que celle du commettant au consignataire. VI, 485. — De quelque manière que le connaissement soit conçu et qu'il ait été remis au commissionnaire, cette remise, précédée ou suivie d'une juste cause de détenir, lui confère le droit de rétention ou privilége de l'art. 93, à l'encontre de tous les créanciers du commettant, sans en excepter son vendeur non payé. VI, 485, 486. — La jurisprudence de la Cour de cassation exige que le connaissement soit passé à l'ordre du commissionnaire, avec énonciation d'une valeur fournie; exposé de cette jurisprudence. VI, 489. — Résumé des divers points jugés. VI, 492. — L'erreur de la jurisprudence consiste à croire que les règles en matière d'endossement posées par les art. 137, 138 sont applicables au connaissement. VI, 493. — Il est contre l'essence du connaissement, en tant qu'il concerne la marchandise, d'être assimilé à un effet commerçable, tel qu'une lettre de change; il est contre la nature de son endos d'y exprimer une valeur fournie. VI, 494, 495. — Nulle analogie, nul texte n'autorise l'application des art. 137 et 138 au connaissement; il est même impossible qu'on les lui applique. VI, 497, 498. — Résultats singuliers de la jurisprudence de la Cour suprême. VI, 499, 500. — La Cour d'A.

fraude dont il est parlé dans l'art. 576 comprend et celle qui est concertée entre le premier acheteur et son propre acheteur au préjudice de l'expéditeur et celle qui est ourdie contre les droits des créanciers du failli; espèce où l'expéditeur revendique la marchandise, et le syndic le connaissement; solution. VI, 427, 428. — Pourquoi l'art. 576 exige le concours de la facture et du connaissement, et leur signature par l'expéditeur; des conditions exigées pour exclure la revendication, et conséquences de leur inaccomplissement. VI, 430, 431, 435. — Le sort de la revendication ne dépend pas de la forme dans laquelle la facture et le connaissement sont transmis; ce qui y met obstacle, c'est le double fait de la signature de l'expéditeur sur les deux pièces, et de leur possession par le sous-acheteur. VI, 442. — Vendre une marchandise en route, sur facture et connaissement signés par l'expéditeur, c'est la vendre sur l'exhibition et la remise de ces papiers à l'acheteur; explication de l'art. 576, deuxième alinéa. VI, 442. — Inconvénients du deuxième alinéa de cet article, et comment il devrait être conçu s'il venait à être revisé. VI, 445. — Nonobstant le verbe *revendiquer* introduit dans l'art. 576 le droit réglé par cette disposition n'est nullement, pour le vendeur, l'exercice du droit de propriété, mais le *jus singulare* de ressaisir la possession de la chose et de se placer dans la position où il serait s'il eût vendu sans livrer. VI, 540. — V. *Connaissement*, *Rétention*.

RÉVOCATION.

Le commettant peut révoquer son mandat, comme le commissionnaire y renoncer; nécessité de distinguer la révocation et la renonciation. III, 367. — Le mandat est, en général, révocable en tout état de choses; mais il n'est pas indifférent de le révoquer avant ou après son exécution commencée; effet dans l'un et l'autre cas. III, 368. — Ce que le commissionnaire fait, ignorant la révocation, est valable; le sachant, il peut même obliger le commettant envers les tiers de bonne foi. III, 369, 370. — Expresse ou tacite, la révocation produit le même effet; exemples de révocation tacite. III, 371. — Quand le commissionnaire a-t-il connu sa révocation? Quand le tiers ne l'a-t-il pas ignorée? C'est une question de fait; du reste, cette connaissance importe relativement aux tiers. III, 372. — Du cas où le mandat a été délégué; effet de la révocation relativement au déléguant, au délégué, au tiers; distinction à faire; remarque. III, 374, 375. — Si le délégué a été désigné par le premier commettant, doit-il se tenir pour révoqué, dès qu'il connaît la révocation du déléguant. III, 376. — Malgré sa révocation, le commissionnaire doit faire ce qui est une suite nécessaire de ce qu'il a commencé. III, 377. — Lorsqu'un *negotiorum gestor* donne mandat de gérer la chose d'autrui *nomine procuratorio*, le mandataire et le tiers doivent s'abstenir de tout contrat, s'ils savent que le maître veut que le *negotiorum gestor* cesse toute gestion; s'il a donné mandat en son propre nom, le maître et le mandataire n'ont point d'action l'un contre l'autre; ils n'en ont que contre le gérant. III, 383. — V. *Fin (du mandat)*, Negotiorum gestor, Negotiorum susceptor.

RISQUES (DE LA CHOSE VENDUE).

Etendue des risques; trois espèces. IV, 230. — La responsabilité des risques commence pour l'acheteur dès que la vente est parfaite; conditions requises pour la perfection de la vente. IV, 232. — Dans la vente alternative, le vendeur n'est déchargé du risque que par la tradition de l'une des choses, ou par le cas fortuit qui les détruit toutes. IV, 239. — Du risque, lorsque l'option appartient au vendeur, si l'une des choses périt. IV, 241, 242. — Du cas où les deux choses sont péries et où le vendeur qui avait le choix était en faute à l'égard de l'une d'elles; justification de l'art. 1193 du Code civil. IV, 243. — Lorsque le créancier a le choix, on distingue si la perte est survenue sans la faute ou par la faute du débiteur; la dernière partie de l'art. 1194 n'est pas applicable au commerce. IV, 248. — Si les deux choses périssent sans la faute ni le fait du débiteur, son obligation est éteinte; celle du créancier subsiste. IV, 250. — Lorsque la chose est vendue à tant la mesure, le poids..., elle est aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elle devienne corps certain par le mesurage, le pesage... IV, 254. — Dans la vente en bloc, le risque est au compte de l'acheteur,

SALAIRE.

110. — De la convention d'allouer le salaire qui paraîtra juste; principe de Pothier. III, 111, 112. — Le salaire peut être stipulé sous des modifications conditionnelles, aléatoires; espèces diverses. III, 113, 114. — La gratuité de la commission peut n'être qu'apparente; espèce où l'obligation d'exécuter le mandat gratuitement est la condition d'un autre mandat salarié. III, 114, 115. — Le salaire est dû quand même l'affaire n'aurait pas réussi au désir du commettant, pourvu que le commissionnaire soit irréprochable. III, 115, 116. — Le *negotiorum gestor* n'a droit à un salaire que si la gestion est utile. III, 116. — Le *negotiorum susceptor* une fois approuvé est assimilé au commissionnaire; le salaire lui est dû. III, 116. — Le salaire est gagné, dès que les agissements commandés ont été accomplis, bien que le mandant ordonne de nouvelles dispositions. III, 116. — Lorsque l'affaire n'a été faite que partiellement, un salaire est acquis, ou il n'en est pas dû, suivant que le mandat est resté inaccompli par la faute du commissionnaire ou qu'aucune imputation ne peut lui être faite. III, 117. — Même règle, lorsque le commettant révoque son mandat ou que le commissionnaire y renonce à bon droit. III, 118. — Le commissionnaire ayant bien exécuté son mandat en partie, et en partie mal exécuté, il lui est dû un salaire proportionnel si le mandat était susceptible d'une exécution partielle; s'il ne pouvait être divisé dans son exécution, il n'est rien dû. III, 120. — Il peut arriver qu'à raison de certaines circonstances il y ait lieu d'allouer un droit plus fort que celui qui est réglé par la convention ou l'usage. III, 121, 122. — Le salaire se perçoit sur le montant brut des négociations, mais il n'est pas dû sur le montant des frais; il en est autrement dans la commission d'achat; le commissionnaire, au montant de l'achat, ajoute ses débours pour percevoir sa commission. III, 122, 123. — Dans le cas d'une délégation de pouvoir, la commission du délégué doit ou ne doit pas être prise sur celle du délégant, suivant que la délégation est volontaire ou forcée. III, 124, 125. — Le salaire est acquis, dès que l'opération ou une partie de l'opération est consommée par un payement effectif ou reçu. III, 126. — V. *Del credere*.

SERMENT.

Origine, ancienneté, pratique du serment dans le paganisme; sa définition; quelles choses sont de son essence. I, 405. — Il peut être envisagé sous différents rapports: celui dont il s'agit n'a trait qu'aux intérêts privés. I, 412. — Il est de deux sortes: le serment décisoire et le serment déféré d'office. I, 413. — Pour déférer le serment et l'accepter, il faut être capable de contracter commercialement et de transiger. I, 413. — Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à celui auquel on le défère; ce que l'on doit entendre par fait personnel. I, 414. — Il constitue une partie juge dans sa propre cause; il peut être déféré sur toute demande, qu'il y ait ou non preuve régulière, sur le litige entier ou sur un seul point; en tout état de cause. I, 415. — Exceptions à ce principe, et sur quoi ces exceptions se fondent. I, 416. — Il peut être déféré sur ce qui s'est passé, ou dit avant, lors ou depuis le contrat. I, 417. — Une commission ayant été exécutée au nom du mandant, le serment ne peut être déféré par le vendeur ni au commettant ni au commissionnaire. I, 421. — Le serment de l'associé gérant profite ou nuit à ses coassociés. I, 423. — Le serment ne peut être déféré au commettant ou au commissionnaire failli sur un fait consommé dans les dix jours qui ont précédé la faillite; le syndic seul peut être interrogé. I, 424. — Il doit être déféré sans réserve, fait en personne, en présence de la partie ou elle appelée. I, 424. — On ne peut le réputer fait à raison des circonstances, lorsque décède la partie qui doit le prêter. I, 425, 426. — Ses effets varient suivant qu'on le refuse, qu'on le défère ou qu'on le prête; examen de ces divers cas et de la maxime : *Manifestæ turpitudinis est*, etc.. I, 428. — Déféré ou référé, il opère une présomption *juris et de jure;* il ne fait foi que du fait juré, et entre parties. I, 430, 432. — Le serment déféré d'office est de deux sortes : l'un supplétif, l'autre *in litem*. I, 434. — Quand et à qui le serment supplétif peut être déféré; en quoi il se distingue du serment décisoire. I, 434. — En quel cas et à qui le serment *in litem* peut être déféré. I, 437. — Observation sur la délation du serment; abus que l'on en fait; vice de la législation. I, 439. — V. *Preuve*.

SOCIÉTÉ.

Le bien-être physique et moral est la fin de la société humaine; comment on cherche à atteindre ce but. I, 34, 35. —

SOLIDARITÉ.

STIPULATIONS POUR AUTRUI.

SUBSTITUTION (DE MANDAT).

TERME (VENTE A).

TRADITION.

USAGES COMMERCIAUX.

Les usages ont, dans le commerce, plus d'empire que partout ailleurs; on peut les réduire à trois espèces. I, 55, 447. — Un usage proscrit par la loi ne peut prévaloir contre elle; en quel sens est vrai le brocard *Usage passe loi*. I, 448. — Un usage ne saurait non plus prévaluir contre les conséquences qui dérivent évidemment de la nature d'un contrat. I, 450. — Conditions requises pour l'établissement d'un usage non contraire à ce qui dérive de la nature d'un contrat, ni condamné par la loi, mais contraire seulement à quelques-unes de ses dispositions. I, 451. — L'usage approuvé par quelque disposition générale ou par le silence de la loi a force de loi. I, 451. — Quand il y a désuétude; son effet. I, 452. — Pourquoi on n'a pas inséré au *Bulletin des lois* un avis du Conseil d'État du 18 décembre 1811, portant que les tribunaux consulaires doivent juger suivant le Code de commerce, et, en cas de silence, d'après le *droit commun* et les usages du commerce. I, 452. — Comment un usage doit être déclaré ou constaté; effet de cette constatation dans un jugement ou arrêt soumis à la Cour de cassation. I, 453. — Un usage ne peut être constaté par les tribunaux d'une manière réglementaire. I, 455. — Un usage contraire à l'équité, à la raison, à l'intérêt du commerce, loin de faire loi, ne doit pas être suivi. V, 188, 189. — Il ne faut pas confondre la loi et l'usage; l'usage ne peut vaincre la raison ou la loi; le juge n'est pas juge de la loi; il est juge de la conformité de l'usage à la raison et aux lois d'ordre public. V, 190. — Dans le commerce de draps que l'on destine à des expéditions pour le Levant et pour la Barbarie, il est d'usage que l'acheteur ne les déplie pas lors de leur réception à Marseille, et que le courtage et autres défauts soient constatés seulement à l'arrivée à destination. V, 264, 265.

VALEUR.

Il n'existe point de valeur absolue, d'unité fixe pour mesurer la valeur des choses commerçables; l'égalité dans la valeur des choses réciproquement données et reçues n'est pas de l'essence des contrats commutatifs. IV, 153, 154.

VENTE.

Les principes, en ce qui concerne la formation du contrat par lettres missives, sont les mêmes en matière de vente que de commission, sauf deux modifications. III, 459. — Mêmes principes encore en ce qui regarde l'incapacité légale de certaines personnes et certaines prohibitions relatives aux choses vendues. III, 459. — La vente peut se contracter d'une manière tacite. III, 460. — Elle peut se traiter entre absents par lettres missives de trois manières. III, 462. — Définition de la vente maritime de denrées et de marchandises. IV, 56. — Dans cette vente la désignation du navire est de l'essence du contrat. IV, 66. — La vente peut être parfaite ou imparfaite dans sa formation. IV, 38. — Ou dans son exécution. IV, 99. — Certains contrats nommés ou innomés ont avec la vente plus ou moins de similitude; ils se gouvernent par le droit naturel et les règles de l'analogie. IV, 105, 106. — La vente, *emptio-venditio*, est un contrat nommé; pourquoi cette double dénomination consacrée par l'art. 109 du Code de commerce. IV, 107. — La transmission immédiate de la propriété est de l'essence de la vente civile, mais non de la vente commerciale. IV, 108. — Le commerce reconnaît plusieurs espèces de vente : vente à credit, vente au comptant, vente sans terme de livraison, marché à terme, vente à livrer. IV, 109, 110. — Disparités essentielles entre la vente civile et la vente commerciale; définition comparée de l'une et de l'autre. IV, 112, 113. — Quelles sont les choses essentielles à la vente. IV, 117. — Vente d'une chose, corps certain ou corps incertain. IV, 121, 122. — Vente d'une chose que les parties savent existante ou d'une chose qui a existé ou qu'elles croient exister encore, mais qui n'est déjà plus. *Ibid.* — Vente d'une chose dont la non-existence ou l'existence dans l'avenir sont d'une égale probabilité. IV, 123. — Vente d'une chose qui doit exister un jour suivant l'ordre naturel et ordinaire des événements. IV, 125. — Vente d'une chose qui n'existe plus et qu'on espère encore existante, mais avec plus ou moins d'appréhension qu'elle n'ait cessé d'exister. IV, 129, 130. — On ne doit pas confondre la vente à toutes chances avec la vente dont il est parlé dans l'art. 1601

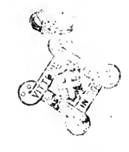
VOL.

De la vente de la chose volée ou perdue; explication des art. 2279, 2280 du Code civil. IV, 139, 140. — Position du commissionnaire qui, de bonne foi, vend ou achète une chose volée ou perdue. IV, 144. — Lorsque le vendeur et le gardien apposé par l'acheteur ont volé la chose de complicité, le second acheteur doit la rendre, sauf son recours. V, 36. — Au criminel, nécessité de distinguer entre l'escroquerie et le vol, mais quant aux effets civils de l'un et de l'autre délit, on ne doit pas s'attacher au sens littéral de l'art. 2279 du Code civil. V, 65. — La fraude ou la contrebande est une sorte de vol. V, 137. — On ne doit pas confondre le vol avec l'escroquerie et l'abus de confiance. VI, 353, 354. — Reçue *bonâ fide*, la tradition effective transmet la propriété du meuble vendu par quelque abus de confiance que ce soit, délit ou non délit; *idem* de la chose escroquée; *secùs* de la chose volée, filoutée, ou du larcin. VI, 360. — Espèce singulière où il est moins contraire aux bonnes mœurs et à l'intérêt public d'accorder deux indemnités au propriétaire volé qu'une prime d'encouragement à son voleur; disposition du droit romain où l'on accordait une double et quelquefois une quadruple indemnité au propriétaire. VI, 368, 369, 370.—Lorsque, avec le produit de la chose volée, le voleur fait un gain, *v. g.*, gagne à la coulisse 6,000 fr. de rente 3 p. 100, doit-il, outre la valeur de la chose, transférer les 6,000 fr. de rente au propriétaire volé? Solution négative de Cabassutius et de saint Thomas; cette solution non admissible dans notre législation; esprit et objet de l'art. 1303 du Code civil. VI, 378, 379 et suiv. — V. *Bonne foi*, *Mauvaise foi*, *Rétention*, *Revendication*.

VOLONTÉ.

La seule volonté réciproque des contractants peut parfaire un contrat consensuel; une seule volonté ne suffit pas. I. 158, 161, 172. — Leur seule volonté contraire réciproque peut le dissoudre avant toute exécution; une seule volonté ne suffit pas; le mandat et la société échappent à cette règle. III, 365. — V. *Accord*, *Consentement*.

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.



Paris. — Typ. de Cosson et Comp., rue du Four-St-Germain, 43.

